Das
Recht der stillen Gesellschaft

nach dem Handelsgesetzbuche vom 10. 5. 1897.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Georg Dießner

Referendar in Leipzig.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1906.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Literaturverzeichnis VII

§ 1. Die juristische Konstruktion der stillen Gesellschaft 1
§ 2. Die Errichtung der stillen Gesellschaft 5
§ 3. Die Personen der stillen Gesellschaft 7
§ 4. Die Rechte und Pflichten der Gesellschafter im allgemeinen 10
§ 5. Die Einlage des stillen Gesellschafters 14
§ 6. Der Gewinn und Verlust 20
§ 7. Die Haftung 26
§ 8. Die Auflösung der stillen Gesellschaft 32
§ 9. Die Wirkungen der Auflösung 39
§ 10. Das Anfechtungsrecht des § 342 HGB. 45

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535720_0061

Literaturverzeichnis.

Anschütz und **v. Völderndorff**, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handesgesetzbuche mit Anschluß des Seerechtes, von Dr. Aug. Anschütz und Dr. Freiherrn v. Völderndorff. Bd. 2. Erlangen 1870.

Baron, Pandekten. Leipzig 1896.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts, von Dr. J. F. Behrend. Bd. 1. Berlin, Guttentags Verlagsbuchhandlung 1896.

Corpus iuris civilis Romani, Gleditsch und Knoch. Leipzig.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts von Conrad Cosack. Stuttgart 1903.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs, von Conrad Cosack. Bd. 1. Jena 1903.

Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischen und heutigem Reichsrecht nebst Beiträgen zur Lehre der verschiedenen Arbeitsverträge, von Dr. Karl Crome. Freiburg i. B. 1897.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Herausgegeben von Dr. W. Endemann. Bd. 1. Leipzig 1881.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, von Dr. F. Endemann. Bd. 1. 8. Aufl. Berlin 1902.

Enneccerus und **Lehmann**, Das bürgerliche Recht, von L. Enneccerus und H. O. Lehmann. 2. Aufl. Bd. 1. Marburg 1901.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe mit Anmerkungen. Herausgegeben von Otto Fischer und Wilhelm Henle. 4. Aufl. München 1900.

Freese, Die Kommanditgesellschaft und die stille Gesellschaft. Ein Vergleich. Inaug.-Dissert. von Karl Freese, Appellationsgerichtsreferendar. Greifswald 1877.

Gareis, Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897 nebst dem Einführungsgesetze vom 10. 5. 1897. Handausgabe von Dr. K. Gareis. 3. Aufl. München 1905.

Gareis und **Fuchsberger**, Das allgemeine deutsche Handesgesetzbuch nebst den sich daran anschließenden Reichsgesetzen, von Dr. C. Gareis und O. Fuchsberger. Berlin, Guttentag 1891.

v. Hahn, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche, von Dr. Friedrich v. Hahn. 3. Aufl. Braunschweig 1879.

Keyßner, Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch. Nach Rechtsprechung und Wissenschaft, erläutert und herausgegeben von Hugo Keyßner. Stuttgart 1878.

Kleinfeller, Konkursordnung für das Deutsche Reich nebst den Einführungsgesetzen. Erläutert von Dr. Julius Petersen und Dr. Georg Kleinfeller. 4. Aufl. Lahr 1901.

Kohler, Die Kommenda im islamitischen Rechte. Ein Beitrag zur Geschichte des Handelsrechts von Dr. Jos. Kohler. Würzburg 1885.

Lastig, Die stille Gesellschaft. Habilitationsschrift. Halle 1871.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Erläutert von K. Lehmann und B. Ring. Bd. 1. Berlin 1902.

Makower, Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 8. Aufl. Berlin 1880.

Neumann, Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bearbeitet von Dr. Hugo Neumann. Bd. 1. 3. Aufl. Berlin 1903.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Berlin 1897.
Puchelt-Förtsch, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche. Mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des vormaligen Reichsoberhandelsgerichts. Herausgegeben von Dr. Ernst Sigismund Puchelt. 4. Aufl. Bearbeitet von R. Förtsch. Bd. 1. Leipzig 1893.
Renaud, Das Recht der Kommanditgesellschaften, von Achilles Renaud. Verlag von Bernhard Tauchnitz. Leipzig 1881.
Renaud, Das Recht der stillen Gesellschaft. Herausgegeben von Laband. Heidelberg 1885.
Romen, Die Kundmachung der stillen Gesellschaft und deren Wirkungen zugunsten dritter Personen. Promotionsschrift. Von Dr. iur Anton Romen. Emmrich 1881.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuche, von Hermann Staub. Bd. 1. Berlin 1900.
Silberschmidt, Die Kommenda in ihrer frühesten Entwicklung bis zum 13. Jahrhundert. Ein Beitrag zur Geschichte der Kommandit- und der stillen Gesellschaft, von Willy Silberschmidt. Würzburg 1884.
Simon, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften und der Kommanditgesellschaften auf Aktien, von Dr. Hermann Veit Simon. 3. Aufl. Berlin, Guttentags Verlagsbuchhandlung 1899.
Thöl, Das Handelsrecht, von Dr.. Heinrich Thöl. Bd. 1. 6. Aufl. Leipzig 1879.
Wengler, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich. Erläutert von F. A. Wengler. Leipzig 1879.

Adler-Clemens, Sammlung von Entscheidungen zum Handelsgesetzbuche von Dr. Leopold Adler und Dr. Robert Clemens. 2. Aufl. Bd. 1—5. Wien 1891.
Annalen des Königl. Sächs. Oberlandesgerichts zu Dresden. Herausgegeben von A. J. Lößnitzer und K. B. Kurtz. Bd. 20, 23. Leipzig.
Archiv für bürgerliches Recht. Herausgegeben von Dr. J. Kohler und V. Ring. Bd. 2. Berlin 1889.
Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bearbeitet von A. Bolze, Reichsgerichtsrat. Bd. 1, 2, 11, 16, 22. Leipzig, Brockhaus.
Busch, Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts. Unter Mitwirkung mehrerer Rechtsgelehrten. Herausgegeben von Dr. F. B. Busch. Bd. 8, 15, 19, 24, 27. Leipzig.
Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Herausgegeben von Dr. L. Goldschmidt und Dr. P. Laband. Bd. 10, 24. Erlangen.
Juristische Wochenschrift, Organ des deutschen Anwaltsvereins. Berlin, W. Moser, Hofbuchhandlung. Jahrgang 1890 – 1896.
Neues Archiv für Handelsrecht. Herausgegeben von Dr. J. F. Voigt, Dr. H. G. Heineken und Dr. H. A. C. Weber. Bd 2. Hamburg 1860. Nr. 18: „Die stille Gesellschaft", von Voigt.
Neuere Entscheidungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen. Zusammengestellt von Oberjustizrat Stephan Hoffmann. Nachtrag. Herausgegeben von S. Hoffmann, P. Kaden und G. Scheele. Leipzig 1895.
RG., Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Herausgegeben von Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft. Bd. 15, 20, 27, 31, 33, 45, 48.

ROHG., Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. Herausgegeben von den Räten des Gerichtshofes. Bd. 9, 10, 12—15, 17, 19, 20, 23—25. Erlangen, Stuttgart.

Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß. Herausgegeben von Hoffmann und Dr. Wulfert. Bd. 7, 10, 11, 15. Leipzig, Roßbergsche Hofbuchhandlung.

Seufferts Archiv, J. A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Herausgegeben von A. F. W. Preusser, später von H. F. Schütt. Neue Folge. Bd. 2, 3, 9, 10, 17, 20, 26.

Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch und den Nebengesetzen. Herausgegeben von Dr. Otto Warneyer. Bd. 1—4. Leipzig.

Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle in aktenmäßigen Darstellungen aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung, zunächst für das Königreich Sachsen. Verlag von Bernhard Tauchnitz jun. Leipzig. Jahrgang 1855

Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, zunächst für das Königreich Sachsen. Herausgegeben von Dr. Tauchnitz und Dr. Du Chesne. Neue Folge Bd. 41. Leipzig.

Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Herausgegeben und bearbeitet von B. Mugdan. Berlin 1899.

Denkschrift zum Entwurfe eines Handelsgesetzbuchs in den gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen von Hahn, fortgesetzt von Mugdan. Bd. 6. Handelsgesetzbuch. Berlin 1897.

Lutz, Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs. Herausgegeben von J. Lutz. Würzburg 1861.

---

§ 1.

Die juristische Konstruktion der stillen Gesellschaft.

Über die Rechtsnatur der stillen Gesellschaft sind die Meinungen immer auseinandergegangen [1]). Einigkeit herrscht jetzt darüber, daß die stille Gesellschaft keine Handelsgesellschaft im Sinne des Handelsgesetzbuches ist, da hierzu eine gemeinsame Firma, überhaupt ein Hervortreten nach außen erforderlich ist. [2])

Die meisten Schriftsteller, ebenso die Denkschrift zum Entwurfe eines Handelsgesetzbuchs [3]) vertreten den Standpunkt, daß die stille Gesellschaft unter den allgemeinen Begriff der Gesellschaft im Sinne von §§ 705 ff. BGB. fällt [4]) Das ist auch meine Ansicht. Die Gegner dieser Auffassung stützen ihre Meinung zum Teil darauf, daß der stillen Gesellschaft ein selbständiges Geschäftsvermögen fehlt. Hierzu ist zu bemerken, daß dies für den Begriff der Gesellschaft nicht wesentlich, sondern nur das Normale ist. [5]) Ebensowenig steht dem Gesellschaftsbegriffe der Mangel des Hervortretens der Gesellschaft nach außen entgegen, vielmehr ist eine Vereinbarung unter den Gesellschaftern zulässig, wonach die Gesellschaft nicht nach außen hervortreten soll; die Bestimmungen im Bürgerlichen Gesetzbuch über das Hervortreten nach außen sind nicht zwingend. Gegner der Ansicht, daß die stille Gesellschaft unter dem allgemeinen Begriff der Gesellschaft falle, sind vor allem Lastig [6]) und Freese [7]). Ersterer erblickt in ihr ein darlehnsähnliches Vertragsverhältnis, letzterer sieht sie als

---

[1]) Behrend § 91 S. 665.

[2]) Behrend § 91 S. 663 IV; Lehmann-Ring S. 666 Nr. 11; v. Hahn Art. 250 S. 768 § 2; Renaud, Stille Ges. S. 94; Staub § 335 Anm. 1; Puchelt-Förtsch Art. 250 Anm. 2 S. 652; Annalen des Kgl. Sächs. Oberlandesgerichts Bd. 20 S. 442; Busch Bd. 27 S. 341 f.; Anschütz und v. Völderndorff Bd. 2 Art. 250 S. 547 und das Reichsoberhandelsgericht Bd. 13 S. 63 nennen sie „uneigentliche Handelsgesellschaft"; vgl. dazu Behrend § 91 S. 663 Anm. 31.

[3]) S. 183.

[4]) Gareis S. 314.

[5]) l. 44, 52, 53 D. pro socio; Behrend § 91 S. 664 u. Anm. 34 u. 37; Lehmann-Ring S. 666 Nr. 8; ROHG. Bd. 13 S. 64; Bolze I Nr. 1160.

[6]) Habilitationsschrift Die stille Gesellschaft 1871, u. Endemanns Handbuch § 137 II S. 707.

[7]) § 3 S. 13—17.

ein „modifiziertes“ Darlehnsverhältnis an, und zwar insofern modifiziert, als die Hingabe des Kapitals hier in höherem Maße als beim Darlehn eine Folge des persönlichen Vertrauens des Gläubigers auf die Tüchtigkeit des Schuldners und daher auf eine gewinnbringende Verwertung des Kapitals sei. Auch Anschütz und von Völderndorff[8]) fassen die stille Gesellschaft als ein Darlehnsverhältnis auf, das insofern modifiziert sei und dadurch einen gesellschaftlichen Charakter annehme, als der Gläubiger außer am Gewinne auch am Verluste des Handelsgewerbes beteiligt ist.[9])

Die stille Gesellschaft kann, wie das Folgende lehrt, dem Darlehnsbegriffe nicht unterstellt werden. Nicht unzutreffend wäre dagegen das Verhältnis, wie es v. Hahn[10]) und andere tun, als modifiziertes Gläubigerverhältnis zu bezeichnen, nur ist der Ausdruck zu unbestimmt.

Die Hauptunterschiede vom Darlehn sind, daß dem stillen Gesellschafter Kontrollrechte eingeräumt sind, die ihm die Befugnis geben, sich über den Vermögensstand des Handelsgewerbes des Komplementars zu vergewissern, und daß die Höhe der Einlage des stillen Gesellschafters je nachdem, ob das Geschäft des Komplementars rentabel ist oder nicht, steigt oder fällt.[11]) Anders der Darlehnsgeber, er hat keine Kontrollrechte und besitzt eine feste Forderung. Daher kann auch der stille Gesellschafter anders als der Darleiher sein Kapital einbüßen, ohne daß der Komplementar insolvent ist; dies gilt natürlich nur von dem regelmäßigen Falle, daß der stille Gesellschafter auch am Verluste beteiligt ist, von dessen Tragung er, wie unten gezeigt werden wird, vertragsmäßig befreit werden kann.[12]) — Des weiteren unterscheidet sich die stille Gesellschaft vom Darlehn dadurch, daß der stille Gesellschafter sein Kapital zu dem bestimmten Zwecke hingibt, sich damit an dem Handelsgewerbe des Komplementars zu beteiligen, der Wille beider Parteien geht dahin, sich gegenseitig zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes als Genossen anzusehen societatis contrahendae causa; der stille Gesellschafter kann mit der Kündigung vorgehen, wenn der Komplementar anders über das eingelegte Kapital verfügt. Dagegen muß es dem Darlehnsgeber, wenn nicht ausdrücklich eine besondere Verwendung vereinbart wird, gleichgültig sein, zu welchem Zwecke sein Schuldner das Darlehn verwendet. Ein fernerer Unterschied ist, daß die Einlage des stillen Gesellschafters nicht, wie beim Darlehn, in vertretbaren Sachen bestehen muß, sondern z. B. in der Überlassung einer Erfindung, eines Fabrikgeheimnisses zur Ausbeute oder in der Leistung von Diensten bestehen kann.[13]) Das Nähere hierüber siehe in § 5. Endlich hat der

---

[8]) Art. 150 S. 333 IV.

[9]) Auch die ganze französische Jurisprudenz behandelt die stille Gesellschaft als Darlehnsverhältnis; vgl. Puchelt-Förtsch Bd. 1 Art. 250 S. 654.

[10]) Art. 250 § 2 S. 768.

[11]) ROHG. Bd. 12 S. 99 f.

[12]) s. § 6.

[13]) Allerdings nicht unbestritten.

stille Gesellschafter wegen seiner Einlage immer nur eine Forderung auf Geld an den Komplementar, wogegen der Darleiher eine Forderung auf Rückerstattung der empfangenen Sachen von gleicher Art, Güte und Menge hat,[14]) und schließlich können die Gläubiger des stillen Gesellschafters das von diesem auf bestimmte oder unbestimmte Zeit hingegebene Kapital im Falle der §§ 339, 135 HGB. früher zurückfordern. — Anderseits steht dem stillen Gesellschafter nicht das im § 610 BGB. dem ein Darlehn Versprechenden gegebene Recht zu, im Zweifel das Versprechen widerrufen zu können, wenn in den Vermögensverhältnissen des anderen Teiles eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Rückerstattung gefährtet wird.[15])

Renaud[16]) unterschied die stille Gesellschaft von dem Darlehn auch aus dem Grunde, daß sie auf einem Konsensualkontrakte beruhe, während das mutuum ein Realkontrakt sei. Beides ist richtig und auch heute ist das Darlehn in der Regel[17]) Realkontrakt, während es die stille Gesellschaft niemals sein kann.[18])

Nicht widerspricht es dem Darlehnsbegriffe, wenn, wie regelmäßig bei der stillen Gesellschaft, nur ein Anteil am Gewinne, dagegen kein fester Zins versprochen wird. Das wird zwar nur höchst selten vorkommen, doch kann aus diesem Umstande allein nicht auf das Vorliegen eines stillen Gesellschaftsverhältnisses geschlossen werden.[19]) Ein Beispiel hierfür wäre das sogen. partiarische Darlehn[20]). Ebenso läßt sich ein Versprechen von Gewinnanteilen neben Zinsen mit dem Begriffe des Darlehns vereinigen[21]). Allerdings sagt das Reichsgericht,[22]) daß das Rechtsverhältnis dann mehr dem stillen Gesellschaftsbegriffe zuneige, weil die Anteilnahme am Geschäftsergebnisse eine Beteiligung am Geschäfte in sich schließe. In einem früheren Falle hatte daß Reichsgericht[23]) dagegen entschieden, daß die Stipulation von festen Zinsen und Gewinnanteilen dem Wesen der stillen Gesellschaft widerspreche, weil eine solche Vereinbarung in erster Linie ein Anrecht auf feste Zinsen begründe, der daneben stipulierte Anspruch auf Gewinnanteil nur akzessorisch sei. Zu dem dort behandelten Falle ist zu bemerken, daß die Vereinbarung über den Gewinnanteil aller-

---

[14]) § 607 BGB.
[15]) Bolze Bd. 1 Nr. 936 S. 205 f.
[16]) Stille Ges. S. 92 f.
[17]) Cosack, Lehrbuch des bürgerl. R. Bd. 1 § 142 S. 510; Archiv für bürgerl. Recht Bd. 2 Nr. 9, Über das Konsensualdarlehn, von Kohler § 4 S. 223.
[18]) Lehmann-Ring S. 666 Nr. 11.
[19]) Staub § 335 Anm. 21 S. 997; vgl. § 7.
[20]) Crome § 54 S. 374; Enneccerus-Lehmann, Tit. XIV. § 307 S. 722.
[21]) Seufferts Archiv, Neue Folge Bd. 17 Nr. 133 S. 192 ff.; Endemann, Handbuch § 13 I 4 S. 706; Bolze Bd. 16 Nr. 482 S. 291.
[22]) Bd. 31 S. 34; vgl. auch ROHG. XII S. 99.
[23]) Bd. 20 S. 165.

dings nur ganz geringe Bedeutung hatte, da einerseits dem Kapitalgeber ein bestimmter Prozentsatz vom Nettogewinne als Zins in einer bestimmten Summe garantiert wurde, welche er also auch erhalten sollte, wenn der ihm an sich zukommende Prozentsatz vom gemachten Gewinne einmal geringer wäre, anderseits aus den bisherigen Geschäftsergebnissen hervorging, daß kaum einmal höherer Gewinn zu erwarten sei. Mit dem stillen Gesellschaftsbegriffe wäre es dagegen unvereinbar, wenn der stille Gesellschafter ohne am Verluste beteiligt zu sein, lediglich einen festen Zins erhalten sollte.[24])

Nach alledem steht nichts im Wege, die stille Gesellschaft dem allgemeinen Begriffe der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu unterstellen und folglich die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs §§ 705 ff. zur Ergänzung der §§ 335 ff. HGB. heranzuziehen.[25])

Das Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897 enthält abweichend vom allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs eine Begriffsbestimmung der stillen Gesellschaft nicht; diese ergibt sich aber aus den §§ 335—337 des HGB. Darnach ist eine stille Gesellschaft vorhanden, „wenn sich jemand (der stille Gesellschafter) an dem Handesgewerbe eines anderen (des Komplementars[26]), das dieser im eigenen Namen betreibt, derart beteiligt, daß er gegen Anteilnahme am Gewinn und in der Regel auch am Verluste des Handelsgewerbes eine in das Vermögen des Komplementars übergehende Vermögenseinlage leistet." Der stillen Gesellschaft fehlt daher eine gemeinsame Firma, eine solche kann nur der Komplementar haben, vorausgesetzt, daß er Vollkaufmann ist. Nach § 18 HGB. darf dieser Firma um der stillen Gesellschaft Willen kein Zusatz beigefügt sein, der ein Gesellschaftsverhältnis andeutet. Ist der Inhaber des Handelsgeschäfts eine offene Handels- oder eine Kommanditgesellschaft, so ist es nach § 19 Abs. 4 HGB. untersagt, den Namen des stillen Gesellschafters in die Firma aufzunehmen, da er kein persönlich haftender Gesellschafter ist. Möglich wäre nur bei dem Erwerbe eines bereits bestehenden Handelsgeschäftes durch den Komplementar, daß der Name des stillen Gesellschafters in der Firma stände[27]). — Ebensowenig wie eine gemeinsame Firma, gibt es ein Gesellschaftsvermögen. Die Einlage des stillen Gesellschafters geht in das Vermögen des Komplementars über. Ist dieser ein Einzelkaufmann, so fließt sie also in dessen Vermögen, ist er eine Gesellschaft, so fließt sie in das Vermögen dieser Gesellschaft. Daher gibt es auch für die stille Gesellschaft keine eigentlichen

---

[24]) RG. Bd. 20 S. 163 ff.; Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts § 112 X S. 546.

[25]) Denkschrift z. Entw. e. HGB. S. 183; Ennecceruś-Lehmann § 307 S. 723; Staub § 335 Anm. 2.

[26]) vgl. über den unzutreffenden Ausdruck: Lastig in Endemanns Handbuch § 137 Anm. 2. S. 704.

[27]) vgl. Lehmann-Ring Bd. 1 S. 669 Nr. 17.

Gesellschaftsforderungen, keine Gesellschaftsschulden bez. keine Gesellschaftsgläubiger und Gesellschaftsschulder. Der Komplementar betreibt das Geschäft im eigenen Namen, er allein wird berechtigt und verpflichtet, er allein kann klagen und verklagt werden. Die Gläubiger können sich höchstens die Ansprüche abtreten lassen, wenn der stille Gesellschafter mit der Einlage rückständig ist, die Forderung des Komplementars an den stillen Gesellschafter pfänden und sich überweisen lassen, wogegen jedoch der stille Gesellschafter den Gläubigern alle gegen den Komplementar bis zur Pfändung entstehenden Einwendungen entgegensetzen kann. Den Gläubigern steht nur der § 342 HGB. zur Seite. — Der stille Gesellschafter hat ebensowenig einen unmittelbaren Anspruch an die Schuldner des Komplementars. In einem Rechtsstreite des Inhabers des Handelsgewerbes ist der stille Gesellschafter nicht Partei, kann also als Zeuge auftreten[2a]), er wird aber als beim Ausgange des Rechtsstreites unmittelbar Beteiligter nach dem Ermessen des Gerichts unbeeidigt zu vernehmen sein (§ 393, Ziff. 4 und letzter Abs. ZPO.); denn das Handelsgewerbe betreibt der Komplementar auf seine und des stillen Gesellschafters gemeinschaftliche Rechnung; an dem durch die Tätigkeit des Komplementar erzielten Gewinne partizipieren beide Gesellschafter gemeinschaftlich.

§ 2.

Die Errichtung der stillen Gesellschaft.

Die stille Gesellschaft erfordert zu ihrer Entstehung einen Vertrag.[1]) Da das Handelsgesetzbuch über die Form dieses Vertrages nichts sagt, sind die allgemeinen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, das grundsätzlich auf dem Standpunkte der Formfreiheit steht, hierfür maßgebend. Der stille Gesellschaftsvertrag kann demnach mündlich oder schriftlich, durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung zustande kommen.[2]) Letzteres bestreitet Renaud,[3]) „weil der Vertrag gewisse Feststellungen erfordere, welche, wie die Einlage des stillen Gesellschafters, ihrer Natur nach nur mittels ausdrücklicher Regelung möglich sind". Diese erforderlichen Feststellungen lassen sich aber ebenso aus konkludenten Handlungen herleiten, insbesondere eine Feststellung der Höhe der Einlage

---

[2a]) Lehmann-Ring S. 669 Nr. 18; Staub § 335 Anm. 10 S. 996. Anders der Kommanditist in dem Prozesse der Kommanditgesellschaft; vgl. dazu Entsch. des Reichsgerichts vom 20. V. 1905, abgedruckt im sächs. Archiv für bürgerl. Recht Band 15 S. 703.

[1]) Busch Bd. 24 S. 339.

[2]) Staub § 335 Anm. 23 S. 998; Lehmann-Ring S. 667 Nr. 12; Behrend § 91 III S. 663; Mot. z. Entw. e. BGB. 1. Lesung S. 595.

[3]) Stille Ges. S. 98.

Diese muß nicht notwendig zahlenmäßig bestimmt, sondern nur bestimmbar sein, so daß sie allenfalls durch das Gericht festgestellt werden kann. Es muß nur der Wille des einen Vertragschließenden erkennbar sein, sich an dem von dem anderen im eigenen Namen betriebenen Handelsgewerbe mit einer bestimmten Einlage gegen Anteil am Geschäftsgewinn zu beteiligen.

Enthällt der Vertrag Bestimmungen, für deren Rechtswirksamkeit das Gesetzbuch eine Form vorschreibt, so muß natürlich dieser Formvorschrift nachgegangen werden. Wird also z. B. ein Grundstück als Einlage eingeschossen, so ist § 313 des BGB. zu beachten. Ebenso wäre für den Fall, daß der stille Gesellschafter sein gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchteil davon als Einlage einwerfen wollte, gerichtliche oder notarielle Beurkundung erforderlich (§ 311 BGB.); anderseits wäre ein Vertrag nichtig, in welchem jemand sein künftiges Vermögen als Einlage versprechen würde (§ 310 BGB.). Gibt der stille Gesellschafter sein bisher von ihm betriebenes Geschäft als Einlage hin, so findet § 311 des BGB. keine Anwendung.[4])

Der Vertrag darf keine Bestimmungen erhalten, die mit dem Wesen der stillen Gesellschaft unvereinbar sind, z. B. nicht, daß einer von beiden Gesellschaftern keinen Beitrag zu leisten habe,[5]) daß nur einer Gewinn erhält, oder daß die Einlage des stillen Gesellschafters nicht in das Vermögen des Komplementars übergeht.[6])

Geschlossen ist der Gesellschaftsvertrag, sobald sich die Parteien über alle Punkte geeinigt haben, über die eine Einigung getroffen werden sollte.[7]) Mit dem Abschlusse des Gesellschaftsvertrages ist die Gesellschaft entstanden, es sei denn, daß aus dem Vertrage selbst etwas anderes hervorgeht.[8]) Nicht nötig ist, daß der Betrieb eines Handelsgewerbes bereits vorliegt, wie dies Staub[9]) und Renaud[10]) annehmen, oder daß die Einlage vom stillen Gesellschafter bewirkt ist.[11]) Unnötig ist auch, daß der Vertrag eine Bestimmung über die Höhe des Anteils am Gewinne enthält, der dem stillen Gesellschafter zukommen soll; eine solche Bestimmung ist für das Zustandekommen des stillen Gesellschaftsvertrages nicht wesentlich, bei ihrem Fehlen würde der Abs. 1 des § 336 HGB. Anwendung finden.[12]) Immer ist natürlich zu berücksichtigen, ob nach dem Willen

---

[4]) Staub § 335 Anm. 23 S. 998 u. § 22 Anm. 12 S. 130.
[5]) Mot. z. Entw. e. BGB. S. 596.
[6]) Staub § 335 Anm. 24 S. 998.
[7]) §§ 154, 155 BGB.
[8]) Renaud, Stille Ges. S. 99.
[9]) § 105 Anm. 9 S. 348.
[10]) Stille Ges. S. 99.
[11]) Meiner Ansicht ist auch Lehmann-Ring S. 666 Nr. 7; Freese S. 44; Puchelt-Förtsch Art. 250 Anm. 10 S. 656; Staub § 335 Anm. 12 S. 996; vgl. auch Lutz, Protokolle S. 1085—1086.
[12]) Anderer Meinung Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle, Jahrgang 1855 Entsch. Nr. 106 vom 25. 8. 1855 S. 447.

der Parteien eine Verständigung über einen derartigen Punkt für das Zustandekommen des Vertrages wesentlich ist.

§ 3.

Die Personen der stillen Gesellschaft.

Als stiller Gesellschafter kann sich jede rechtsfähige Person beteiligen, jede physische und juristische, ein Einzelkaufmann, eine Ehefrau, eine Handelsgesellschaft. Kaufmannsqualität ist nicht notwendig. Dagegen muß der Komplementar Kaufmann sein,[1]) denn er betreibt ein Handelsgewerbe. Nicht nötig ist, daß er Vollkaufmann ist, er kann auch Minderkaufmann, z. B. Hausierer sein, braucht keine Firma zu haben.[2]) Renaud[3]) verlangte für den Komplementar die Vollkaufmannsqualität, da nach Art. 251 u. 257 des a. d. HGB. eine Firma erforderlich sei; m. E. kann man aber daraus allein, daß in beiden Paragraphen von der Firma des Komplementars gesprochen wird, nicht schließen, daß die Firma ein Essentiale der stillen Gesellschaft sei, das Gesetz wollte dies wohl nur als das Normale hinstellen.[4])

Beteiligt sich jemand an einem gewerblichen Unternehmen im Sinne von § 2 des HGB., dessen Firma nicht eingetragen ist, so liegt eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts vor; eine stille Gesellschaft würde erst mit dem Augenblicke der Eintragung entstehen.[5]) Eine Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien kann immer dann Komplementar sein, wenn sie ein Gewerbe betreibt; nicht nötig ist dazu ein Handelsgewerbe, da diese Gesellschaften von vornherein Kaufmannsqualität haben,[6]) das Gesetz will mit dem Ausdrucke „Inhaber des Handelsgewerbes" die Kaufmannseigenschaft des Komplementars als Essentiale hervorheben, ist diese aber vorhanden, so genügt der Gewerbebetrieb zur stillen Gesellschaft. Würde die Aktiengesellschaft nur zum Zwecke von Wohltätigkeiten begründet sein, so wäre eine Teilnahme als stiller Gesellschafter daran natürlich ausgeschlossen.

Eine Gesellschaft von Minderkaufleuten, eine Kleinhandelsgesellschaft, wie sie Thöl[7]) nennt, kann überhaupt nicht Komplementar sein, denn

---

[1]) Staub § 335 Anm. 6 S. 995.

[2]) Lehmann-Ring S. 664 Nr. 3; Behrend § 91 IIb S. 658; Staub § 335 Anm. 11 S. 996; Gareis § 335 Anm. 3 S. 315.

[3]) Stille Ges. S. 72, 88.

[4]) so auch Puchelt-Förtsch Art. 250 Anm. 7 S. 655.

[5]) Lehmann-Ring S. 664 Nr. 3.

[6]) Lehmann-Ring S. 665 Nr. 5; Behrend § 91 Anm. 9 S. 658, Warneyer 2. Jahrg. Note 1 zu § 335 HGB. S. 227; dagegen Renaud, Stille Gesellschaft S. 72.

[7]) § 109 Nr. 3 S. 360.

das Gesetz verlangt unter dem Begriffe: „Inhaber des Handelsgewerbes" eine Person, ein geschlossenes Ganzes, eine äußere Einheit, mag sie eine physische oder juristische Person sein. Einer Gesellschaft von Minderkaufleuten fehlt diese Einheit wie jeder Gesellschaft nach bürgerlichem Rechte. Deshalb kann eine Gesellschaft nach Bürgerlichem Gesetzbuch nie stiller Gesellschafter sein. Möglich wäre dagegen, daß sich die einzelnen Gesellschafter einer bürgerlichen Gesellschaft als Gesamtschuldner verpflichten.[8])

Abgeschlossen wird der Gesellschaftsvertrag, wenn der stille Gesellschafter und der Komplementar physische Personen sind, durch diese selbst, vorausgesetzt, daß sie die Fähigkeit haben, sich vertragsmäßig zu verpflichten. Letzteres richtet sich nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Hervorheben will ich, daß, wenn der stille Gesellschafter minderjährig ist, sein gesetzlicher Vertreter zur Beteiligung an einer stillen Gesellschaft namens seines Mündels der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, BGB. §§ 1822 Ziff. 3, 1643 Abs. 1,[9]) ferner, wenn sich eine Ehefrau dem Komplementar gegenüber zu von ihr in Person zu bewirkenden Leistungen verpflichtet, dem Ehemann nach erwirkter Ermächtigung durch das Vormundschaftsgericht das sofortige Kündigungsrecht zusteht, wenn durch die Tätigkeit der Frau die ehelichen Interessen beeinträchtigt werden (BGB. § 1358). Beteiligt sich die Ehefrau als stille Gesellschafterin mit eingebrachtem Gute, so bedarf sie hierzu der Einwilligung ihres Ehemanns (BGB. § 1395). — Will sich eine offene Handels- oder eine Kommanditgesellschaft als stiller Gesellschafter beteiligen, so schließen den Gesellschaftsvertrag der oder die vertretungsberechtigten Gesellschafter ab, einer Zustimmung der übrigen Gesellschafter bedarf es nicht.[10]) Ebensowenig ist eine Zustimmung der Generalversammlung erforderlich, wenn eine Aktiengesellschaft, eine Kommanditgesellschaft auf Aktien oder eine eingetragene Genossenschaft als stiller Gesellschafter kontrahiert, hier handelt allein der Vorstand; derselbe kann auch mit Rechtswirksamkeit einen stillen Gesellschafter in die Gesellschaft aufnehmen.[11])

Will dagegen eine offene Handels- oder eine Kommanditgesellschaft als Komplementar einen stillen Gesellschaftsvertrag abschließen, so erlangt der Vertrag nur Gültigkeit, wenn alle Gesellschafter ihre Genehmigung dazu geben. Das erfordert das Interesse, das die Mitglieder dieser

---

[8]) Lehmann-Ring S. 664 Nr. 3.

[9]) Lehmann-Ring S. 667 Nr. 12; dagegen Staub § 335 Anm. 25 S. 999.

[10]) Lehmann-Ring eod.; dagegen Renaud, Stille Ges. S. 95 Komm.-Ges. S. 260; Behrend § 91 Anm. 8 S. 659.

[11]) Staub § 335 Anm. 25 S. 998; Puchelt-Förtsch Art. 250 Anm. 12 S. 657; Lehmann-Ring S. 667 Nr. 12; dagegen Behrend § 91 Anm. 9 S. 659.

Gesellschaften an dem Geschäftsbetriebe haben, das bei weitem größer ist als das der Mitglieder von Aktien- und ähnlichen Gesellschaften. Die Macht der vertretungsberechtigten Gesellschafter kann sich nicht auf eine solche Handlung mit erstrecken, diese wird vielmehr dem stillen Gesellschafter und jedem dritten gegenüber nur wirksam, wenn alle Gesellschafter zustimmen.[12]) [13])

Noch viel weniger würde aber eine solche Aufnahme seitens der geschäftsführenden Gesellschafter nach innen im Verhältnisse der Gesellschafter untereinander wirken, denn die Befugnis zur Geschäftsführung erstreckt sich nach § 116 Abs. 1 HGB. nur auf solche Handlungen, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt. Darüber hinausgehende Handlungen — und darunter fällt auch die Aufnahme eines stillen Gesellschafters — bedürfen zu ihrer Wirksamkeit den Gesellschaftern gegenüber nach § 116 Abs. 2 HGB. eines Beschlusses sämtlicher Gesellschafter.

Bei rechtsfähigen Vereinen gehört es, wenn nicht die Satzung ausdrücklich etwas anderes bestimmt, zu den Befugnissen des Vorstandes, stille Gesellschafter aufzunehmen (§ 26 BGB.), bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung ist dies ein unbeschränkbares Recht der Geschäftsführer.

Mit gleichem Rechte wie der Einzelkaufmann kann dessen Prokurist seine Firma als stillen Gesellschafter beteiligen und einen stillen Gesellschafter in das Geschäft aufnehmen.

Bestritten ist dieses Recht bei den Prokuristen von offenen Handels- und Kommanditgesellschaften. M. E. kann der Prokurist einer solchen Gesellschaft einen stillen Gesellschafter ebensowenig in die Gesellschaft aufnehmen wie die vertretungsberechtigten Gesellschafter; dagegen halte ich ihn für berechtigt, die Gesellschaft bei irgend einem Unternehmen als stillen Gesellschafter zu beteiligen.[14])

Es ist möglich, daß der Inhaber eines Handelsgeschäftes mehrere Personen als stille Gesellschafter an seinem Handelsgeschäfte teilnehmen läßt; dann liegen ebensoviele stille Gesellschaften vor als stille Gesellschafter beteiligt sind, die einzelnen stillen Gesellschafter gehen sich einander nichts an, jede einzelne Gesellschaft besteht für sich, mit jedem einzelnen stillen Gesellschafter hat der Komplementar besonders abzurechnen.[15])

---

[12]) Zeitschrift für Rechtspflege u. Verwaltung, Neue Folge Bd. 41 S. 464; Urteil des RG. vom 20. 5. 1905, abgedruckt im sächs. Archiv für deutsches bürgerl. Recht Bd. 15 Heft 11, 12, Leipzig 1905, S. 703.

[13]) Renaud, Stille Ges. S. 95 Komm.-Ges. S. 260; Lehmann-Ring S. 667 Nr. 12; Behrend § 91 Anm. 8 S. 658; Puchelt-Förtsch Art. 250 Anm. 12 S. 657; ROHG. Bd. 13 S. 64; dagegen Staub § 335 Anm. 25 S. 998.

[14]) Lehmann-Ring S. 667 Nr. 12; dagegen Behrend § 91 S. 659.

[15]) Renaud Stille Ges. S. 74; v. Hahn Art. 250 § 6 S. 769; Anschütz u. v. Völderndorff Art. 250 III S. 549; Puchelt-Förtsch Art. 250 Anm. 8 S. 655, 656; Lastig in Endemanns Handbuch § 140 IV S. 735 f.

Organisieren sich die mehreren stillen Gesellschafter untereinander, so werden dadurch dem Komplementar gegenüber die einzelnen stillen Gesellschaftsverhältnisse nicht berührt. Der Komplementar hat es immer nur mit dem einzelnen Gesellschafter zu tun. Denkbar und zulässig wäre auch, daß sich mehrere als Gesamtschuldner dem Inhaber eines Handelsgeschäfts gegenüber zu einer Einlage verpflichteten.[16]) In diesem Falle kämen die Bestimmungen der §§ 420 ff. BGB. zur Anwendung.[17])

Der stille Gesellschafter muß sich an einem Handelsgewerbebetriebe beteiligen, mit Ausnahme des Falles der Beteiligung an einer Aktien- oder Aktienkommanditgesellschaft, wo, wie oben ausgeführt worden ist, ein Gewerbebetrieb genügt. Nicht nötig ist es aber, daß sich der stille Gesellschafter an dem ganzen Handelsgewerbebetriebe des Komplementars beteiligt, vielmehr genügt zum Vorhandensein einer stillen Gesellschaft die Beteiligung an einem begrenzten Teile des Handelsgeschäfts, einer Zweigniederlassung, einer bestimmten Geschäftsgattung oder an gewissen Arten von Geschäften, z. B. bei einem Exporthause lediglich an den Tabakexportgeschäften.[18]) Notwendig ist nur, daß sich die Teilnahme auf einen fortlaufenden Betrieb bezieht, nicht etwa nur auf einzelne Handelsgeschäfte. Die Vermögenseinlage darf nicht nur zur Abschließung eines oder mehrerer bestimmter Handelsgeschäfte, sondern sie muß zum Zwecke der Teilnahme an dem Ergebnisse eines dauernden Geschäftsbetriebes eingeworfen worden sein, die Zahl der Geschäfte muß unbestimmt sein, alle aber müssen sie Gegenstand des bestimmten Betriebes, an dem der stille Gesellschafter teilnimmt, sein.[19]) Beteiligt sich jemand nur an einem oder mehreren einzelnen bestimmten Handelsgeschäften, so liegt eine sogenannte Gelegenheitsgesellschaft vor, die im neuen Handelsgesetzbuche zum Unterschiede vom alten HGB. keine Regelung gefunden hat. Auf diese Gesellschaft sind daher die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs anzuwenden. Vgl. § 1 am Ende.

§ 4.

Die Rechte und Pflichten der Gesellschafter im allgemeinen.

Für die Rechte und Pflichten der Gesellschafter untereinander ist zunächst der Gesellschaftsvertrag maßgebend. Die diesbezüglichen Vorschriften des Handelsgesetzbuchs sind dispositiver Natur, sie kommen nur zur Anwendung, wenn die Parteien im Vertrage nicht andere Verein-

---

[16]) vgl. z. B. Note 8.
[17]) Lehmann-Ring S. 664 Nr. 3 a. E.; Staub § 335 Anm. 5 S. 995.
[18]) Behrend § 91 Anm. 18 S. 661; v. Hahn Art. 250 § 7 S. 770; Puchelt-Förtsch Art. 250 Anm. 7 S. 655; Lutz, Prot. S. 1085.
[19]) ROHG. Bd. 9 S. 161 ff.

barungen getroffen haben.[1]) Es ist namentlich nicht notwendig, daß der Gewinn und Verlust am Schlusse des Geschäftsjahres berechnet und der auf den stillen Gesellschafter fallende Gewinn ihm ausgezahlt wird; die Parteien können eine längere oder kürzere Frist bis zum jedesmaligen Zeitpunkte der Bilanzziehung, einen anderen Zeitpunkt für die Auszahlung des Gewinnes oder auch Stehenlassen desselben vereinbaren. Nötig ist nur, daß der Gewinn und Verlust überhaupt einmal, wenn vielleicht auch erst am Schlusse des Vertragsverhältnisses[2]) berechnet wird, denn der stille Gesellschafter will an dem Ergebnisse der Handelsgeschäfte teilnehmen. Der Vollkaufmann muß, um nicht Gefahr zu laufen, gemäß § 240 KO. bestraft zu werden, nach § 39 HGB. alljährlich Bilanz ziehen. Erforderlich ist ferner, daß der stille Gesellschafter eine Einlage leistet.[3]) Würde dem stillen Gesellschafter ein Anteil an dem Geschäftsergebnisse versprochen, ohne daß er seinerseits etwas zu leisten hatte, so läge ein Schenkungsvertrag vor. Alles Nähere über die Einlage und über die Gewinn- und Verlustberechnung ist in den beiden folgenden Paragraphen zu finden.

Die Führung der Geschäfte wird in der Regel der Komplementar übernehmen, er ist der Inhaber des Handelsgewerbebetriebes, in seinem Namen werden die Geschäfte abgeschlossen, er allein wird berechtigt und verpflichtet. Daher kann auch der stille Gesellschafter keinen Widerspruch gegen Handlungen des Komplementars erheben, wenigstens würde ein solcher nach außen hin wirkungslos bleiben.[4]) Dem stillen Gesellschafter würde aber unter Anwendung des § 339 HGB. in Verbindung mit § 723 BGB. nach Lage des Falles die Befugnis zuzusprechen sein, das Gesellschaftsverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, insbesondere, wenn der Komplementar unredlich verfährt, beispielsweise die Einlage nicht dem Gesellschaftszwecke entsprechend verwendet.[5]) — Die Geschäftsführung kann jedoch auch dem stillen Gesellschafter übertragen sein, dieser kann zum Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten in dem Handelsgewerbe des Komplementars bestellt sein.[6]) Dadurch wird an dem stillen Gesellschaftsverhältnisse nichts geändert.

Insoweit der Komplementar die Geschäftsführung selbst übernimmt, bezw. einen Dritten beauftragt, hat er dem stillen Gesellschafter gegenüber

---

[1]) RG. Bd. 45 S. 37 ff.
[2]) Endemann, Handbuch § 140 V, 2 S. 738.
[3]) Adler-Clemens, Entsch. Nr. 81 S. 60; ROHG. Bd. 9 S. 163.
[4]) Lehmann-Ring S. 670 Nr. 18; Thöl § 110 Anm. 14 S. 364 und § 104 Ziff. 4 S. 351.
[5]) Endemann, Handbuch § 140 III, 2 S. 735; Busch Bd. 27 S. 66 f.; ROHG. Bd. 20 S. 246.
[6]) Anschütz u. v. Völderndorff Art. 250 V S. 549; Lehmann-Ring S. 668 Nr. 13; Behrend § 93 Anm. 34a S. 675; Endemann, Handbuch § 140 IV, 2 S. 736; Busch Bd. 15 S. 117 u. 432.

für die Sorgfalt einzustehen, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, §§ 708, 277, BGB.; § 347 HGB.[7])

Damit sich der stille Gesellschafter von den Ergebnissen aus der Geschäftsführung des Komplementars überzeugen kann, ist ihm durch § 338 HGB. das Recht eingeräumt, die abschriftliche Mitteilung der jährlichen Bilanz zu verlangen und ihre Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen. Dieses Recht auf Gestattung der Einsicht in die Bücher ist aber nicht dahin auszudehnen, daß der stille Gesellschafter zwecks Bilanzprüfung die Herausgabe der Bücher fordern könne.[8]) Der Gesellschaftsvertrag kann jedoch dem stillen Gesellschafter dieses und noch weitere Kontrollrechte einräumen, insbesondere auch das, sich persönlich von den Angelegenheiten der Gesellschaft zu unterrichten. Das steht ganz im Belieben der Parteien. Ebenso kann der Gesellschaftsvertrag Beschränkungen der durch das Gesetz gegebenen Kontrollrechte enthalten. Solche Bestimmungen würden aber ihre Gültigkeit verlieren, wenn der stille Gesellschafter wichtige Gründe geltend macht, die für ihn eine Aufklärung über den Geschäftsstand gebieten. Ein wichtiger Grund wäre im besonderen der begründete Argwohn der Unredlichkeit, im allgemeinen alle Umstände, die den stillen Gesellschafter berechtigen, sofortige Auflösung der Gesellschaft zu verlangen. In diesen Fällen kann das Gericht jederzeit Anordnungen treffen, denen zufolge sich der stille Gesellschafter über den Stand der Geschäfte zu orientieren vermag; das Gericht muß dies tun, wenn es die Gründe für wichtig hält.[9]) Diese außerordentlichen Kontrollrechte stehen dem stillen Gesellschafter beim Vorliegen wichtiger Gründe nach § 338 Abs. 3 HGB. jederzeit zu, er kann auf sie nach § 716 Abs. 2 BGB. rechtswirksam nicht verzichten.[10])

Die Kontrollrechte hat der stille Gesellschafter in Person auszuüben, es sei denn, daß er einen gesetzlichen Vertreter hat. Ausgeschlossen ist die Ausübung dieser Rechte durch einen mittels Rechtsgeschäfts bestellten Vertreter, denn das würde dem Vertrauensverhältnisse beider Gesellschafter entgegenstehen, societas ius quodammodo fraternitatis in se habet.[11]) Es kann dem Komplementar nicht zugemutet werden, daß er einen Dritten in den Geschäftsstand Einblick nehmen läßt. Es wäre höchstens zu billigen, daß sich der stille Gesellschafter einen Sachverständigen zu Hilfe nimmt, mit dem er zusammen die Bücher und Papiere durchsieht, das wäre jedoch nur angängig, wenn einerseits besondere Umstände vorliegen — z. B.

---

[7]) Cosack, Handelsrecht, § 112, VII b. S. 544.

[8]) Warneyer, § 338 des Handelsgesetzbuchs S. 228 2. Jahrg.

[9]) Staub § 338 Anm. 7 S. 1005 und § 166 Anm. 5 ff. S. 516; Adler-Clemens Entsch. Nr. 335 S. 305 f.

[10]) Cosack, Handelsrecht § 112 VIIc S. 544; § 111 VII, 2b S. 535; Gareis u. Fuchsberger Art. 253 Nr. 12 S. 567; Puchelt-Förtsch Art. 253 S. 660.

[11]) l. 63 D. prosocio 17, 2.

der stille Gesellschafter wegen des Umfanges des Geschäfts oder mangels genügender Sachkenntnis allein nicht in der Lage wäre —, andererseits dem Komplementar dadurch keine besonderen Nachteile drohen.[12]) Die dem stillen Gesellschafter eingeräumten Kontrollrechte sind, eben weil ganz persönlicher Natur, unübertragbar, das gebietet die Vertrauensbasis, auf der das stille Gesellschaftsverhältnis beruht.[13]) Deshalb kann auch weder der Komplementar noch der stille Gesellschafter eine dritte Person an seine Stelle treten lassen.[14]) Andere Vereinbarungen sind jedoch zulässig.[15])

Übertragbar sind dagegen die Ansprüche auf die einzelnen Gewinnanteile und das Auseinandersetzungsguthaben.[16])

Es bleibt noch die Frage zu erörtern, ob für den Komplementar ein Konkurrenzverbot besteht. Die Frage ist bestritten. Während nach Lehmann-Ring[17]) eine generelle analoge Anwendung des § 112 HGB. auszuschließen und in jedem einzelnen Falle zu entscheiden ist, wie weit wider die Verpflichtung, das Einlagekapital möglichst gewinnbringend für den stillen Gesellschafter zu verwenden, verstoßen worden sei, untersagen Staub[18]) und Behrend[19]) dem Komplementar ganz allgemein, ohne Einwilligung des stillen Gesellschafters für eigene und fremde Rechnung in dem Handelszweige der stillen Gesellschaft Geschäfte zu machen oder an einer anderen gleichartigen Gesellschaft teilzunehmen. Dieser Ansicht schließe auch ich mich an. Das stille Gesellschaftsverhältnis verlangt, daß der Komplementar in jedem geeigneten Falle in beiderseitigem Interesse tätig wird. Das durch die Leistung der Einlage seitens des stillen Gesellschafters bekundete Vertrauen fordert auch vom Komplementar, daß er alle Geschäfte des kommendierten Geschäftszweiges für beiderlei Rechnung abschließt. Schließt daher der Komplementar ohne die erforderliche Einwilligung des stillen Gesellschafters ein Konkurrenzgeschäft ab, so wird der stille Gesellschafter analog § 113 Abs. 1 HGB. von dem Komplementar Schadenersatz fordern oder statt dessen von ihm verlangen können, daß er das für eigene Rechnung gemachte Geschäft als für Rechnung der stillen Gesellschaft eingegangen gelten lasse und die aus Geschäften für fremde Rechnung bezogene oder zu fordernde Vergütung zu dem Gesellschaftsgewinn schlage. Die in Abs. 3 dieses Paragraphen aufgestellte

---

[12]) vgl. Bolze Bd. 16 Nr. 481 S. 290; Neumann § 716, 1 u. 2 S. 449.

[13]) vgl. BGB. § 717.

[14]) Lehmann-Ring S. 669 Nr. VI; Behrend § 93 Anm. 34 S. 675; Warneyer, § 717 BGB. S. 62 2. Jahrg.; vgl. auch Kohler § 4 S. 12. Dagegen Lastig bei Endemann, Handbuch § 140 VII S. 743 f.

[15]) Neumann § 717 S. 449; ROHG. Bd. 19 S. 344.

[16]) Renaud, Stille Ges. S. 137; Lehmann-Ring S. 669 Nr. VI. Warneyer, § 717 BGB. S. 78 4. Jahrg.

[17]) S. 669 V.

[18]) § 355 Anm. 32 S. 1000.

[19]) § 93 S. 672 u. 673.

Frist von drei Monaten zur Geltendmachung der Rechte des stillen Gesellschafters beginnt aber nicht schon mit dem Augenblicke, in welchem der stille Gesellschafter Kenntnis von dem Konkurrenzgeschäfte erlangt, sondern erst mit dem Zeitpunkte, in welchem dem stillen Gesellschafter die Bilanz zugeht, bezw. er in die Lage kommt, diese zu prüfen, denn der stille Gesellschafter weiß bis zu diesem Zeitpunkte nicht, ob der Komplementar das Konkurrenzgeschäft in der Bilanz berücksichtigt.

Für den stillen Gesellschafter besteht dagegen kein Konkurrenzverbot, denn nicht er, sondern der Komplementar betreibt das Handelsgewerbe, dasselbe ist für ihn ein fremdes, er hat keinen Anteil an der Geschäftsführung und nur beschränkte Rechte, die ihm einen Einblick in den Geschäftsbetrieb gestatten.[20])

§ 5.

Die Einlage des stillen Gesellschafters.

Zum Wesen eines jeden Gesellschaftsvertrages gehört, daß die einzelnen Gesellschafter zur Erreichung des gemeinsamen Zweckes einen Beitrag leisten (§ 705 BGB.) Durch die Gesamtheit der Beiträge wird in der Regel ein Gesellschaftsvermögen, ein Gesellschaftsfonds gebildet. Bei dem stillen Gesellschaftsvertrage ist dies anders. Bei ihm beteiligt sich der stille Gesellschafter an dem Handelsgewerbe des Komplementars mit einer in das Vermögen des Komplementars übergehenden Vermögenseinlage, d. h., es entsteht hier kein Gesellschaftsvermögen, sondern der Handelsgewerbebetrieb des Komplementars erhält einen Zuschuß seitens des stillen Gesellschafters, mit Hilfe dessen das Handelsgewerbe zwar nach innen auf gemeinschaftliche Rechnung, nach außen aber auf den Namen des Inhabers des Handelsgewerbes betrieben wird. Das Gesellschaftsverhältnis bleibt nach außen unsichtbar, an dem Betriebe des Geschäftes wird durch die Einlagebeteiligung des stillen Gesellschafters nichts geändert. Hat der Inhaber des Handelsgewerbes ein eigenes Gesellschaftsvermögen, ist er z. B. eine offene Handels- oder eine Kommanditgesellschaft, so fließt die Einlage des stillen Gesellschafters in dieses Gesellschaftsvermögen.

Die Einlage des stillen Gesellschafters wird meist in einem Geldbetrage bestehen. Ebensogut können aber auch andere körperliche Sachen, z. B. Grundstücke als Einlage hingegeben werden. Im letzteren Falle würde der Gesellschaftsvertrag der Schriftlichkeit bedürfen, da zur Übertragung des Eigentums an Grundstücken gerichtliche oder notarielle Beurkundung gehört, die aber durch die Auflassung und Eintragung im

---

[20]) Staub § 335 Anm. 32 S. 1000; Puchelt-Förtsch Art. 250 Anm. 11 S. 657; Freese § 6 S. 34; Lutz, Prot. S. 4545, 4546; v. Hahn Art. 253 u. Anm. zu Art. 159 S. 558. 560.

Grundbuche ersetzt werden kann (§ 313 BGB.) Werden Mobilien oder Inhaberpapiere als Einlage eingeschossen, so müssen sie dem Komplementar übergeben werden (§ 929 BGB.) Die Einlage des stillen Gesellschafters kann auch darin bestehen, daß er eine ihm gegen einen Dritten zustehende Forderung an den Inhaber des Handelsgewerbes abtritt, oder darin daß er ein Orderpapier auf ihn indossiert.

Immer hat der Komplementar ein Recht, einen klagbaren Anspruch darauf, daß der stille Gesellschafter die Handlungen vornimmt, die zur Übertragung des Eigentums an der Einlage notwendig sind. Damit soll aber nicht gesagt sein, daß die Einlage immer zu Eigentum (quoad dominium) des Komplementars hingegeben werden muß, vielmehr kann auch ein anderes an einer Sache, z. B. das Gebrauchs- und Nutzungsrecht als Einlage (quoad usum) geleistet werden. Nach dem Wortlaute des Art. 252 des alten d. HGB. zwar wurde der Komplementar Eigentümer der Einlage des stillen Gesellschafters, daß ihm aber das Gesetz dadurch die Möglichkeit abschneiden wollte, andere als nur in das Eigentum des Inhabers des Handelsgewerbes übergehende Vermögenseinlagen zu leisten, wäre eine falsche Interpretation.[1]) Das Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897 hat damit, daß es an die Stelle des Wortes „Eigentum" die Worte „in das Vermögen" gesetzt hat,[2]) klar zum Ausdruck gebracht, daß der stille Gesellschafter nicht nur Einlagen zu Eigentum, sondern auch zu anderem Rechte, z. B. quoad usum, machen kann. Staub[3]) bestreitet die Zulässigkeit einer Einlageleistung quoad usum auch heute noch, jedoch ohne Grund. Eine Sache, die quoad usum hingegeben wird, repräsentiert dadurch ebenso einen Vermögenswert wie eine Einlage quoad dominium. Der Vermögenswert ist aber das Wesentliche bei der Einlage, mit ihr beteiligt sich der stille Gesellschafter an dem Handelsgewerbe des Komplementars. Sobald also der stille Gesellschafter etwas leistet, das einen Vermögenswert darstellt, in einen Geldbetrag umgerechnet werden kann, ist dies als Vermögenseinlage geeignet. Gibt der stille Gesellschafter z. B. ein Grundstück zum Gebrauche oder zur Nutzung hin, so besteht die Einlage in dem Vorteile, den der Komplementar aus dem Gebrauche oder der Nutzung für sein Handelsgewerbe bezieht. Deshalb ist auch das Recht, eine Erfindung auszubeuten, eine geeignete Vermögenseinlage, ebenso die Berechtigung, ein Fabrikgeheimnis auszunutzen, gleichermaßen die Zuweisung von Konnexionen aus einem anderen bisher vom stillen Gesellschafter betriebenen Geschäfte, die Übertragung des ganzen von ihm selbst betriebenen Geschäftes.[4]) Die Gewährung solcher Rechte kann dem

---

[1]) vgl. Puchelt-Förtsch Art. 252 Anm. 1 S. 658 ff.; Renaud, Stille Ges. S. 79.

[2]) § 335 Abs. 1.

[3]) § 335 Anm. 5 S. 997.

[4]) Renaud, Stille Ges. S. 79; Puchelt-Förtsch Art. 252 Anm. 1 S. 659; Lehmann-Ring S. 665 Nr. 7; v. Hahn Art. 150 § 1 S. 549 ff., insbes.

Inhaber des Handelsgewerbes oftmals viel größere Dienste in seinem Geschäfte leisten als eine Geldeinlage. Durch die Hingabe quoad usum verschafft der stille Gesellschafter dem Komplementar die Befugnis, das als Einlage versprochene Recht während des Bestehens der Gesellschaft im eigenen Namen auszuüben, ohne sich dadurch des Eigentumsrechtes zu begeben.

Ist zweifelhaft, ob eine Einlage quoad dominium oder quoad usum hingegeben worden, so besteht zwar keine Vermutung für ersteres, es wird aber § 706 Abs. 2 BGB. analog anzuwenden sein, wonach die quoad dominium Einlage wenigstens für vertretbare und verbrauchbare Sachen angenommen, bei nicht vertretbaren und nicht verbrauchbaren Sachen aber nur angenommen wird, wenn diese Sachen nach einer Schätzung eingeschossen worden sind, die nicht nur für die Gewinnverteilung bestimmt ist.[5])

Da nach dem Ausgeführten alles, was Geldeswert repräsentiert, auch geeignet ist, als Vermögenseinlage zu dienen, können auch Dienste des stillen Gesellschafters, kann seine persönliche Arbeit als Einlage hingegeben werden. Zu weit geht meines Erachtens Crome,[6]) der auch solche Dienste als geeignete Vermögenseinlage ansieht, die keinen Geldeswert haben. Bereits die Römer kannten Gesellschaften, wo der eine Geld, der andere nur Dienste leistete, beide am Gewinn beteiligt waren, quia saepe opera alicuius pro pecunia valet.[7]). Ähnliches enthält auch die Verfügung Diokletians und Maximians im cod. pro. soc. l. 1 (4, 37): societatem uno pecuniam conferente, alio operam posse contrahi, magis obtinuit.

Dagegen, daß Dienste eine geeignete Vermögenseinlage des stillen Gesellschafters bilden können, sind Lastig,[8]) Staub[9]) und Puchelt-Förtsch.[10]) Sie stützen ihre Ansicht darauf, daß die persönliche Arbeit des stillen Gesellschafters für die Gläubiger des Komplementars kein Befriedigungsobjekt bilden könne, weil eine Einzahlung in die Konkursmasse, eine Verminderung der Vermögenseinlage und eine Rückzahlung in Geld unmöglich sei.[11]) Diese Gründe sind aber unerheblich, kommen auch meist nur dann in Betracht, wenn mit Verlust gearbeitet worden ist. Das Ausschlaggebende bleibt für meine Ansicht, daß die Arbeit ebensogut einen Vermögenswert repräsentiert wie Geld. In welcher Form die Einlage geleistet wird, ist gleichgültig, nötig ist nur, daß ein Geldeswert ein-

---

Anm. 2; Lastig in Endemanns Handb. § 137 I, 2 S. 705: Lutz, Prot. 1. Teil S. 287; Jur. W. Jahrg. 93 S. 99 Nr. 21.

[5]) Endemann, bürgerl. R. § 181 Anm. 7 S. 1133; Lehmann-Ring S. 665 Nr. 7.

[6]) § 2 S. 8.

[7]) Baron S. 549; Crome § 2 S. 9; Goldschmidt Bd. 24 S. 389 f.

[8]) In Endemanns Handb. § 137 I, 1 S. 705.

[9]) § 335 Anm. 14 S. 997 u. Anm. 3 im Exkurs zu § 122 S. 383.

[10]) Art. 252 Anm. 1 S. 659; s. aber Art. 250 Anm. 10 S. 656.

[11]) vgl. auch Simon § 47 S. 173.

gelegt wird.[12]) Mit nichts kann man sich natürlich nicht an einer Gesellschaft beteiligen. Nun ist aber nicht jeder, der Dienste leistet und am Gewinne beteiligt ist, stiller Gesellschafter. Vielmehr muß in diesen Fällen immer untersucht werden, ob der animus societatis contrahendae vorliegt. Der Handlungsgehilfe z. B., dem als Äquivalent für seine Dienstleistungen ein Anteil am Geschäftsgewinne versprochen wird, ist doch nicht Gesellschafter. Er ist „angestellt", steht in einem Abhängigkeitsverhältnisse zum Prinzipal, nimmt keinen Anteil an der Leitung der Geschäfte, kann jederzeit aus dem Geschäfte entlassen werden. Es fehlt der Wille der Parteien, daß er socius sein soll, seine Anteilnahme am Gewinne ändert an seinem Dienstverhältnisse nicht das geringste. Mit dem Versprechen einer Tantieme will ihn der Geschäftsherr in seinem eigenen Interesse für sein Geschäft interessieren — commis intéressé —, ihn aber nicht etwa als Gesellschafter eintreten lassen. Die Tantieme erhält er als Dienstlohn; in der Regel bekommt er außer der Tantieme noch ein festes Gehalt für seine Dienstleistungen. Er hat auch keinen Anspruch darauf, daß ihm der Geschäftsherr Rechnung lege, nur kann er fordern, daß ihm der Prinzipal, soweit es zur Feststellung seiner Tantieme erforderlich ist, Aufklärungen gibt.[13])

Ebensowenig begründet die Leistung einer Kaution seitens eines Angestellten, der eine Tantieme bezieht, dadurch ein stilles Gesellschaftsverhältnis, denn die Kaution ist keine Vermögenseinlage, mit der sich der Angestellte an dem Handelsgewerbe beteiligen will, sondern nur eine Sicherheitsleistung für Handlungen, für die er nach dem Gesetze oder Vertrage Gewähr zu leisten hat.[14])

Keine Dienstleistung im Sinne einer Einlage ist es ferner, wenn jemand dem Inhaber des Handelsgewerbes verspricht, die im Geschäfte erforderlichen Aufwendungen gegen Rückerstattung auszulegen.[15])

Der von Crome eingehend behandelte Quotallohnvertrag[16]) wird

---

[12]) vgl. hierzu Renaud, Stille Ges. S. 80; v. Hahn Art. 252 § 1, Art. 150 § 1 S. 549 f; Lehmann-Ring Nr. 7 S. 665; Behrend § 91 IIc und Anm. 14 S. 660; Keyßner Art. 252 Anm. 1, 243; Lutz, Prot. 1. Teil S. 287; Busch Bd. 15 S. 432, Goldschmidt Bd. 10 S. 50; Warneyer 4. Jahrg. N. 3 zu § 335 HGB.; JurW. Jahrg. 96 S. 76 Nr. 42; sächs. BGB. § 1362; BGB. § 706 Abs. 3.

[13]) So auch Behrend § 91 IIc Anm. 14 S. 660; Anschütz und v. Völderndorff Art. 150 IV S. 334; Puchelt-Förtsch Art. 150 Anm. 6 S. 331, Art. 250 Anm. 10 S. 657; Freese § 3 S. 12; Neuere Entsch. z. BGB. zu Art. 1374 S. 194; Seufferts Archiv, Neue Folge Bd. 20 Nr. 100 S. 178 ff.; Warneyer N. 2 zu § 713 BGB. 1. Jahrg. S. 82; Rusch Bd. 15 S. 120 f.; JurW. Jahrg. 94 S. 317 Nr. 18; vgl. auch Lastig, Beiträge zur Geschichte des Handelsrechts bei Goldschmidt Bd. 24 S. 415 γ.

[14]) Anschütz und v. Völderndorff Art. 250, III Anm. 6 S. 549 Busch Bd. 15 S. 119 ff.

[15]) RG. Bd. 33 S. 129.

[16]) Crome § 22 S. 154.

sich dem stillen Gesellschaftsvertrage mitunter sehr nähern. Es muß dann zur Entscheidung der Frage, welcher Vertrag vorliegt, vor allem auf den Willen der Parteien zurückgegangen werden. Bestehen Zweifel, ob man es mit einem stillen Gesellschafts- oder Quotallohnvertrag zu tun hat, so will Crome immer letzteres angenommen haben, da die Parteien im Zweifel immer wollten, daß nur einer herrschen soll, ein Verzicht auf dieses Herrschaftsrecht nicht ohne weiteres zu vermuten sei.

Es ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß eine Person zugleich Angestellter und stiller Gesellschafter in ebendemselben Handelsgewerbebetriebe ist. Beide Vertragsverhältnisse gehen sich dann einander nichts an und werden getrennt behandelt. Ist also der stille Gesellschafter z. B. zugleich Prokurist, Handlungsbevollmächtigter oder Handlungsgehilfe, so wird durch dieses Dienstverhältnis das Sozietätsverhältnis nicht berührt.[17])

Ferner ist zu bemerken, daß eine bloße tatsächliche Verwendung des von einer Frau ihrem Ehemanne eingebrachten Gutes in dessen Handelsgewerbe keine Vermögenseinlage einer stillen Gesellschafterin ist, da es hier an dem erforderlichen Vertrage mangelt; die Einlage wird nur zu einer solchen auf Grund eines Gesellschaftsvertrages.[18])

Es ist ein charakteristisches Merkmal der stillen Gesellschaft, daß der stille Gesellschafter nur mit dem haftet, was er als Einlage hingegeben, beziehentlich hinzugeben versprochen hat. Mit dem Wesen dieser Sozietät wäre unvereinbar das Abkommen, worin der stille Gesellschafter seine unbeschränkte Haftung für die in dem Handelsgewerbebetriebe entstehenden Schulden oder einen Bruchteil der Schulden versprochen würde. Der stille Gesellschafter ist daher weder zu einer Ergänzung, noch zu einer Erhöhung seiner Einlage verpflichtet, auch besteht keine Nachschußpflicht. Natürlich können die Parteien etwas anderes vereinbaren.[19]) Aus dieser beschränkten Haftung des stillen Gesellschafters folgt, daß seine Einlage bestimmt, wenigstens bestimmbar sein muß.[20]) Genügen würde beispielsweise schon, wenn der stille Gesellschafter dem Komplementar versprechen würde, so viel einzuschießen, als zum Betriebe des Geschäfts erforderlich ist. Die Einlage muß nicht zahlenmäßig bestimmt sein, sondern die Zusage muß nur in der Form gemacht sein, daß aus ihr nötigenfalls durch richterliches Ermessen der versprochene Geldbetrag ermittelt werden

---

[17]) Lehmann-Ring S. 668 Nr. 13; Behrend § 93 Anm. 34a S. 675; Anschütz und v. Völderndorff Art. 250 V S. 549; Seufferts Archiv, Neue Folge Bd. 20 Nr. 100 S. 179; Busch Bd. 15 S. 117.

[18]) Busch Bd. 24 S. 339.

[19]) Denkschr. z. Entw. e. HGB. S. 184; Staub § 335 Anm. 28 u. 29; Cosack, Handelsrecht § 112 VIII 2a S. 545; v. Hahn Art. 252 § 2 S. 772; Gareis und Fuchsberger Art. 250 Nr. 8 S. 566; Puchelt-Förtsch Art. 252 Anm. 3 S. 659; Lastig in Endemanns Handbuch § 140 III, 2 S. 735.

[20]) Lehmann-Ring S. 665 Nr. 7; Behrend § 91 IIc S. 659/60; Puchelt-Förtsch Art. 250 Anm. 10 S. 657; Busch Bd. 8 S. 165/66; Bolze Bd. 22 Nr. 500.

kann, womit zugleich die Höhe der Haftpflicht des stillen Gesellschafters festgestellt ist.[21]) Der Beschränktheit der Haftpflicht des stillen Gesellschafters würde nicht entgegenstehen, wenn er sich zunächst zu einem bestimmten Betrage verpflichtete, daneben aber verspräche, eine Erhöhung der Einlage, insoweit diese bei dem Gange der Geschäfte nötig wäre, eintreten zu lassen; die erforderliche Höhe wird sich immer feststellen lassen, mehr wird aber nicht verlangt. Ohne vertragsmäßige Verpflichtung besteht aber für den stillen Gesellschafter keine Pflicht, neue Zuschüsse zu machen, auch nicht, um vielleicht die durch Verluste verminderte Einlage zu ergänzen oder sie bei vorliegendem Bedürfnis zu erhöhen.[22]) Eine Ausnahme hiervon bestimmt nur der Abs. 2 letzter Satz des § 337 HGB.[23]) Eine Erhöhung der Einlage ist nicht aus dem Umstande zu entnehmen, daß der stille Gesellschafter seinen Gewinn nicht erhebt; um jenes zu erreichen, bedürfte es vielmehr einer besonderen Vereinbarung,[24]) die sich mit der Natur der stillen Gesellschaft wohl vertrüge. In der Erhöhung der Einlage durch Stehenlassen des Gewinnes läge jedesmal ein neuer Gesellschaftsvertrag.[25]) Hat sich der stille Gesellschafter in dem ursprünglichen Vertrage verpflichtet, bei Verminderung der Einlage durch Verluste diese zu ergänzen, so müßte ihm der Komplementar natürlich zunächst Rechnung legen, damit sich der stille Gesellschafter von dem Stand der Geschäfte, insbesondere von der eingetretenen Verminderung seiner Einlage unterrichten kann.

Der Komplementar kann dem stillen Gesellschafter für die Rückzahlung seiner vollen Einlage, trotz deren etwaigen Verminderung, eine Sicherheit bestellen, vielleicht in Form einer Bürgschaft oder einer Hypothek; für den Begriff der stillen Gesellschaft ist dies ohne Bedeutung.[26])

Der Zeitpunkt, an dem der stille Gesellschafter die Einlage zu leisten hat, ist zunächst dem Gesellschaftsvertrage zu entnehmen. Enthält dieser hierüber keine Bestimmungen, so ist die Einlage sofort mit dem Beginn der stillen Gesellschaft zu entrichten, in der Regel also mit dem Abschlusse des Gesellschaftsvertrages, wenn nicht die Umstände einen anderen Zeitpunkt hierfür angeben. Auch wird aus der Art der Einlage zu schließen sein, ob sie auf einmal oder ratenweise zu leisten ist. Letzteres wird regelmäßig der Fall sein, wenn die Einlage in persönlicher Arbeit, in zu leistenden Diensten besteht.[27])

---

[21]) Neues Archiv f. Handelsrecht Bd. 2 Nr. 18 S. 440; JurW. Jahrg. 96 S. 76 Nr. 42; vgl. auch oben § 3 Abschn. 1 am Ende.

[22]) § 707 BGB.

[23]) Alles Nähere im folgenden Paragraphen.

[24]) § 337 Abs. 3 HGB.

[25]) Lehmann-Ring § 337 Nr. 3 S. 672; Freese § 6 S. 36.

[26]) Staub § 336 Anm. 4 S. 1002 ROHG. Bd. 12 S. 99—100; Adler-Clemens, Entsch. Nr. 425 S. 424.

[27]) Renaud Stille Ges. S. 119, 99; Lehmann-Ring S. 668 Nr. 14; BGB. § 271.

Ist der stille Gesellschafter mit der Einlageleistung im Verzuge, so hat der Komplementar ein Recht auf Verzugszinsen in Höhe von 4%, bei Kaufmannseigenschaft des stillen Gesellschafters in Höhe von 5%.[28])

Der Erfüllungsort für die Leistung der Einlage ist mangels andrer Bestimmungen der Ort der Handelsniederlassung des Inhabers des Handelsgewerbes[28]); doch kann aus der Art und aus der Natur der Einlage etwas anderes hervorgehen, z. B., wenn die Einlage des stillen Gesellschafters in seiner Tätigkeit als Reisender bestehen soll.[29])

Für Mängel der Einlage hat der stille Gesellschafter ebenso wie ein Verkäufer einzustehen, es finden die §§ 445, 493 BGB. Anwendung. Die Gefahr der Einlage trägt dagegen der Inhaber des Handelsgewerbes, soweit sie in sein Eigentum übergegangen ist. Sind aber Sachen nur zum Gebrauche oder zur Nutzung eingeschossen worden, so trägt der stille Gesellschafter selbst den Schaden, den die Sachen durch die zufällige Verschlechterung oder den zufälligen Untergang erleiden; jedoch ist er nicht verpflichtet, die verschlechterte Sache wieder in den früheren Zustand zu setzen oder an Stelle der untergegangenen Sache eine neue als Ersatz zu leisten. Das ergibt sich schon aus seiner beschränkten Haftung, ferner aber aus § 707 BGB.[30]) Natürlich steht es den Parteien frei, hierüber andere Vereinbarungen zu treffen.

§ 6.

Der Gewinn und Verlust.

Zum Begriffe der stillen Gesellschaft gehört, daß der stille Gesellschafter an dem aus dem Geschäftsbetriebe des Komplementars erzielten Gewinne teilnimmt.[1]) Das geht schon aus der Eigenschaft der stillen Gesellschaft als einer Erwerbsgesellschaft hervor, ist aber auch ausdrücklich im Absatz 2 des § 330 HGB. bestimmt. Keine Gesellschaft, insbesondere keine stille Gesellschaft würde vorliegen, wenn der eine Gesellschafter am Verluste partizipierte, während seine Beteiligung am Gewinne ausgeschlossen wäre (societas leonina).[2])

Dagegen kann der stille Gesellschafter von der Anteilnahme am Verluste befreit sein.[3]) Zur Zeit der Geltung des alten deutschen Handels-

---

[28]) Lehmann-Ring S. 668 Nr. 14.

[29]) BGB. § 269.

[30]) Ennecceruś u. Lehmann § 309 S. 727; Neumann § 706 S. 446; Fischer-Henle Anm. 1 zu § 707 S. 334; Motive zum BGB. 1. Lesung bei Mugdan S. 600, 601, 627.

[1]) Puchelt-Förtsch Art. 250 Anm. 2 S. 654; Art. 254 S. 661.

[2]) Motive z. Entw. e. BGB. Bd. II S. 594; Endemann, Handbuch § 137 I, 5 S. 706 f.

[3]) § 336 Abs. 2 HGB.

gesetzbuchs war diese Frage bestritten, doch war auch damals schon die Ansicht die vorherrschende, daß die Beteiligung am Verluste für die stille Gesellschaft kein wesentliches Erfordernis sei.[4]) Ebensowenig verlangt das Bürgerliche Gesetzbuch zu seinem Gesellschaftsbegriffe eine Verlustanteilnahme, wenn es dies auch nicht ausdrücklich erklärt.[5])

Den Komplementar von der Anteilnahme am Verluste auszuschließen, verbietet die beschränkte Haftung des stillen Gesellschafters, infolge deren der Komplementar immer noch den Verlust zu tragen haben wird, der durch die Einlage des stillen Gesellschafters nicht gedeckt ist.

Über die Höhe des Anteiles des stillen Gesellschafters am Gewinne und Verluste entscheidet zunächst der Gesellschaftsvertrag. Dieser kann hierüber jedwede beliebige Verfügung treffen mit Ausnahme derjenigen, wonach der stille Gesellschafter von der Anteilnahme am Gewinne gänzlich ausgeschlossen wäre, da diese Bestimmung, wie schon ausgeführt, einem Gesellschaftsvertrage zuwider ist. Enthält der Vertrag über die Höhe keine oder nur allgemeine Bestimmungen, so findet Absatz 1 § 336 HGB. Anwendung, wonach ein den Umständen nach angemessener Anteil als bedungen gilt, dessen Höhe eventuell unter Zuhülfenahme von Sachverständigen in das richterliche Ermessen gestellt werden muß. Zu berücksichtigen wird bei der Entscheidung vor allem die Höhe und die Bewertung der Einlage des stillen Gesellschafters sein. Stellt der Vertrag nur Bestimmungen über den Gewinnanteil auf, so ist damit nicht etwa gesagt, daß der stille Gesellschafter keinen Anteil am Verluste nehmen soll, vielmehr bedürfte ein solcher Ausschluß einer ausdrücklichen unzweideutigen Vereinbarung.[6]) Fehlt es an einer solchen, so greift Abs. 2 des § 722 BGB. Platz, d. h., es finden in einem solchen Falle die Bestimmungen über die Anteilnahme am Gewinne auch entsprechend für den Verlustanteil Anwendung. Umgekehrt ist es, wenn nur vom Verluste die Rede.[7])

Im Vertrage kann bestimmt werden, daß der stille Gesellschafter am Verluste in größerem Maße teilzunehmen hat als am Gewinne, das steht ganz im Belieben der Parteien; auch kann die Gewinnanteilnahme in Maximo bestimmt oder ein Minimum, eine Mindesteinnahme garantiert werden, und kann der Komplementar dem stillen Gesellschafter in dieser Höhe eine Sicherheit bestellen.[8]) Wie ferner der Vertrag den stillen Gesellschafter von der Teilnahme am Verluste ganz ausschließen kann,

---

[4]) v. Hahn Art. 254 Anm. S. 773; Lehmann-Ring S. 671 VIII und die dort angeführte Literatur; Renaud Stille Ges. S. 86; Behrend § 91 S. 662; Endemann, Handbuch § 137 I, 3 S. 705, 706; RG. Bd. 31 S. 35.

[5]) Crome S. 22.

[6]) Lehmann-Ring S. 666 Nr. 10; Endemann, Handb. § 140 V, 3 S. 738; Busch Bd. 19 S. 252; ROHG. Bd. 12 S. 100; Adler-Clemens, Entsch. Nr. 728 S. 389.

[7]) vgl. auch Renaud Stille Ges. S. 87; Busch Bd. 12 S. 174.

[8]) v. Hahn Art. 250 S. 768 Anm. 3; RG. bei Holdheim VII S. 319.

kann er auch einen Betrag festsetzen, über den hinaus der stille Gesellschafter mit seiner Einlage nicht haften soll. Jedenfalls ist aber eine Haftung des stillen Gesellschafters über den Betrag seiner Einlage hinaus unstatthaft. Würde also z. B. der Gesellschaftsvertrag verfügen, daß der stille Gesellschafter die Hälfte eines eintretenden Verlustes unbeschränkt zu tragen habe, so läge keine stille Gesellschaft vor.[9]) Das bestimmt ausdrücklich der Abs. 2 des § 337 HGB.

Daß der stille Gesellschafter nicht an dem Gewinne und Verluste der einzelnen im Betriebe des Komplementars geschlossenen Geschäfte, sondern an dem Ergebnisse des ganzen Handelsgewerbebetriebes teilnimmt, war schon oben dargetan.

Der stille Gesellschafter hat zum Unterschiede vom Kommanditisten kein gesetzliches Recht auf feste Zinsen für seine Einlage; zu einem Anspruche dieser Art, z. B. einer jährlichen Rente, bedarf es daher einer ausdrücklichen Vereinbarung unter den Parteien, eine analoge Anwendung der diesbezüglichen Vorschriften für den Kommanditisten ist ausgeschlossen.[10]) Erhält der stille Gesellschafter lediglich feste Zinsen, ohne am Verluste beteiligt zu sein, so liegt kein stiller Gesellschafts-, sondern ein Darlehnsvertrag vor, da in diesem Falle die Höhe der Anteilnahme des stillen Gesellschafters keine ungewisse wäre, diese Ungewißheit aber eine Voraussetzung für den stillen Gesellschaftsvertrag ist.[11]) Beim Versprechen fester Zinsen erhält der stille Gesellschafter auf sie eine selbständige Forderung und ist nicht verpflichtet, dieselben für den Fall, daß seine Einlage durch Verluste vermindert worden ist, zur Deckung des Verlustes zu verwenden, vielmehr muß ihm dieser Zins auf jeden Fall ausgezahlt werden.[12]) Dadurch wird natürlich der Fall eintreten, daß der stille Gesellschafter, der neben den festen Zinsen auch noch am Gewinne beteiligt ist, durch die Gewährung fester Zinsen Einbuße in seinem Gewinnanteile erleidet, möglicherweise kann er dadurch sogar in seiner Einlage eine Minderung erfahren.[13])

Nach § 337 Abs. 1 HGB. ist der Gewinn und Verlust am Schlusse des Geschäftsjahres zu berechnen und der auf den stillen Gesellschafter fallende Gewinn ihm auszuzahlen. Die Berechnung des Gewinnes und Verlustes hat in der Weise zu geschehen, daß der Komplementar nach Vorschrift der §§ 39—41 HGB. auf Grund kaufmännisch geführter

---

[9]) Renaud Stille Ges. S. 87 f.; Lehmann-Ring § 337 Nr. 6 S. 673.

[10]) v. Hahn Art. 255 § 3 S. 775; Lehmann-Ring S. 666 Nr. 9; Behrend § 93 S. 674 III; Puchelt-Förtsch Art. 254 Anm. 4 S. 662; Renaud, Stille Ges. S. 119; Cosack Bd. 2 § 277 S. 436; Lutz, Prot. S. 1090; ROHG. Bd. 9 S. 35 f.

[11]) Lehmann-Ring S. 666 Nr. 9.

[12]) Anschütz und v. Völderndorff Art. 255 S. 553; Puchelt-Förtsch Art. 254 Anm. 4 S. 662; v. Hahn Art. 255 § 3 S. 775.

[13]) Renaud, Stille Ges. S. 129; Gareis u. Fuchsberger Art. 254 Nr. 14 S. 568; Lehmann-Ring § 337 Nr. 2 S. 672.

Bücher eine Bilanz aufstellt, wenigstens liegt diese Pflicht dem Vollkaufmann ob. Bei Minderkaufleuten wird sich dagegen der stille Gesellschafter damit begnügen müssen, daß ihm der Komplementar Aufzeichnungen vorlegt, die ihn in den Stand setzen, über die Vermögenslage, insbesondere über den ihm zukommenden Gewinn, bezüglich den von ihm zu tragenden Verlust eine Übersicht zu gewinnen.[14]) Es hat Streit darüber geherrscht, wann die Berechnung, ob sie noch vor Jahresschluß oder zu Beginn des neuen Geschäftsjahres im Anschluß an das alte Jahr gezogen werden muß. „Am Schlusse des Geschäftsjahres" soll wohl nichts andres heißen, als noch vor dem Schlusse innerhalb des Geschäftsjahres, denn sonst hätte doch der Gesetzgeber sagen können „im Anschlusse an das Geschäftsjahr". Da sich aus praktischen Gründen nicht immer noch im alten Geschäftsjahre die Berechnung aufstellen lassen wird, insbesondere in größeren Betrieben, wird man billigerweise dem Komplementar, entsprechend dem Vollkaufmanne bezüglich der Bilanz verstatten müssen, daß er die Berechnung erst im Anschlusse an das alte Geschäftsjahr zieht, natürlich im unmittelbarem Anschlusse hieran, soweit dies bei einem ordnungsmäßigen Geschäftsgange möglich ist.[15]) Eine solche Berechnung entspricht nun zwar nicht der gesetzlichen Vorschrift, aus ihr aber werden gegen den Komplementar keine Rechtsnachteile herzuleiten sein, da sich eine frühere Berechnung oftmals nicht ermöglichen lassen wird.

Mit dem Augenblicke, wo der Komplementar die Berechnung des Gewinnes und Verlustes bei ordnungsmäßigem Geschäftsgange aufgestellt haben kann, wird der dem stillen Gesellschafter zukommende Gewinn fällig. Sind beide Teile Kaufleute, so hat der Komplementar nach § 353 HGB. dem stillen Gesellschafter vom Fälligkeitstage den Gewinnbetrag bis zur Auszahlung ohne weiteres mit 5 % zu verzinsen. Fehlt dem stillen Gesellschafter die Kaufmannsqualität, so stehen ihm nur Zinsen zu, wenn der Komplementar mit der Auszahlung des Gewinnes in Verzug gerät, und zwar nur 4 %.[16])

Verweigert der Komplementar die Auszahlung des Gewinnanteils, so kann der stille Gesellschafter, wenn er über die Höhe des ihm zukommenden Gewinnes unterrichtet ist — vielleicht, weil ihm der Komplementar Rechnung gelegt hat, oder weil er Prokurist bei ihm ist —, auf Auszahlung des Gewinnes klagen. Kennt er aber die Höhe seines Gewinnanteiles nicht, so bleibt für ihn zunächst nur übrig, Klage auf Rechnungslegung anzustrengen. Wenn im ersteren Falle der Komplementar die Höhe des vom stillen Gesellschafter behaupteten Gewinnanteiles be-

---

[14]) Staub § 338 Anm. 5 S. 1005; Lehmann-Ring § 338 Nr. 2 S. 673; Behrend § 93 Anm. 19 S. 672.

[15]) Simon, die Bilanzen der Aktiengef. S. 65; Lehmann-Ring § 337 Nr. 1 S. 672; Puchelt-Förtsch Art. 29 Anm. 5 S. 87.

[16]) BGB. §§ 234, 288; Lehmann-Ring § 337 Nr. 4 S. 672.

streitet, so wird er nunmehr Rechnung legen müssen.[17]) Der stille Gesellschafter hat also nicht nur ein Recht auf Berechnung, sondern auch auf Auszahlung des Gewinnes. Hierdurch unterscheidet er sich sowohl von dem offenen Gesellschafter, dessen Gewinn seinem Kapitalanleihe zugeschrieben wird,[18]) als auch von dem Kommanditisten, der sich seinen Gewinn bis zur Erreichung des Betrages der bedungenen Einlage gutschreiben lassen muß.[19]) Der offene Gesellschafter und der Kommanditist sind nur unter den in den §§ 122 und 169 HGB. gestellten Bedingungen berechtigt, ihren Gewinn zu erheben.[20])

Nur in einem Falle, wenn nämlich die Einlage des stillen Gesellschafters in einem Vorjahre durch Verlust vermindert worden und in einem darauffolgenden Jahre mit Gewinn gearbeitet worden ist, muß der stille Gesellschafter diesen Gewinnanteil zur Deckung des Verlustes verwenden, kann also insoweit keine Auszahlung verlangen; ein Forderungsrecht wird bis zur vollständigen Ergänzung der Einlage nicht begründet.[21]) Eine Deckung des Verlustes mit früher gemachten Gewinnanteilen ist dagegen unstatthaft, denn darin würde eine Erhöhung der Einlage bezw. des Verlustanteiles des stillen Gesellschafters liegen.[22])

Kommt der stille Gesellschafter mit der Einlagezahlung in Rückstand, so wird man dem Komplementar nach § 273 BGB. ein Zurückbehaltungsrecht an dem an sich auszuzahlenden Gewinne zubilligen müssen.[23])

Auf die Frage ist noch einzugehen, wie es sich verhält, wenn die Einlage des stillen Gesellschafters durch Verluste aufgebraucht worden ist, das Gesellschaftsverhältnis aber fortbesteht. Hier ist zu unterscheiden, nach welcher Gleichung der Gewinn und Verlust des stillen Gesellschafters zu berechnen ist. Soll der stille Gesellschafter einen Bruchteil des in den einzelnen Zeitabschnitten festgesetzten Geschäftsergebnisses erhalten, so wird selbst, wenn die Einlage durch Verlust verbraucht und auch in späteren Jahren mit Verlust gearbeitet wird, doch, sobald wieder einmal Gewinn gemacht wird, dieser von den entstandenen Verlusten abgeschrieben. Bei der Auflösung der stillen Gesellschaft ergibt dann die Differenz der Aktiven und Passiven das etwaige Guthaben des stillen Gesellschafters. Ein etwaiges Passivum braucht der stille Gesellschafter nicht zu berichtigen,

---

[17]) Staub § 337 Anm. 4 S. 1003; Puchelt-Förtsch Art. 255 Anm. 5 S. 664.

[18]) § 120 HGB.

[19]) § 167 HGB.

[20]) Behrend § 93 Anm. 28 S. 674; Lehmann-Ring § 337 Nr. 3 S. 672; Staub § 337 Anm. 5 S. 1003; Renaud, Stille Ges. S. 124.

[21]) § 337 Abs. 2 letzter Satz HGB; Gareis u. Fuchsberger Art. 255 Nr. 15 S. 569; Cosack, Handelsrecht § 112 X, 2 S. 546; Endemann § 140, V, 3 S. 739; ROHG. Bd. 13 S. 62, 65, 66.

[22]) ROHG. Bd. 13 S. 65 f.

[23]) Renaud, Komm. Ges. S. 224; Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, Neue Folge Bd. 41 S. 467.

da er nur bis zur Höhe seiner Einlage haftet. — Wird dagegen der Gewinn nach Prozenten des jeweiligen Bestandes der Einlage bemessen, so endigt die Teilnahme des stillen Gesellschafters am Gewinn oder Verluste mit der Aufbrauchung seiner Einlage durch Verluste.[24])

Der Ort, wo die Verpflichtungen des Komplementars dem stillen Gesellschafter gegenüber zu erfüllen sind, ist nach § 269 BGB. der Ort der Handelsniederlassung des Komplementars; jedoch ist bei der Auszahlung des Gewinnes der § 270 BGB. zu beachten, wonach der Komplementar im Zweifel Geld auf seine Gefahr und seine Kosten dem stillen Gesellschafter an dessen Wohnsitz zu übermitteln hat.[25]) Der Ausdruck „erheben" des Gewinnanteiles begründet nicht, daß eine Holschuld vorliegt, wie Renaud[26]) und v. Hahn[27]) folgern.

Läßt der stille Gesellschafter seinen Gewinnanteil stehen, so vermehrt dieser nicht etwa seine Einlage, sondern wird zu einer selbständigen Forderung des stillen Gesellschafters gegen den Komplementar. Dieser hat sie ihm auf Verlangen jederzeit auszuzahlen, der stille Gesellschafter kann sie auch abtreten, im Konkurse des Komplementars tritt er mit ihr als gewöhnlicher Konkursgläubiger auf. Da also dieser stehen gebliebene Gewinn „aus dem gesellschaftlichen Nexus ausscheidet und nur als bloßes Kreditum in Betracht kommt,"[28]) wird er auch um deswillen durch später im Handelsgewerbe des Komplementars entstehende Verluste nicht berührt[29]). Anderseits findet aber auch eine Verzinsung des nicht erhobenen Gewinnes nicht statt, außer im Falle des § 353 HG.[30])

Der Vertrag kann über alles dies andere Vereinbarungen enthalten, beispielsweise, daß der stehen gebliebene Gewinn verzinst oder die Einlage gutgeschrieben werden soll.[31])

Wie der Komplementar den stehen gebliebenen Gewinn dem stillen Gesellschafter wegen späterer Verluste nicht vorenthalten darf, so kann er den ausgezahlten Gewinn wegen späterer Verluste auch nicht zurückfordern.[32])

---

[24]) Staub § 337 Anm. 6 S. 1004; v. Hahn Art. 255 § 2 S. 775 verb. mit Art. 161 §§ 7 u. 8 S. 564; Puchelt-Förtsch Art. 255 Anm. 6 S. 664; anders Behrend § 88 Anm. 17 S. 631; Renaud, Komm Ges. S. 323.

[25]) So auch Lehmann-Ring § 337 Nr. 4 S. 672, 673; Puchelt-Förtsch Art. 255 Anm. 4 S. 663, 664; Staub § 337 Anm. 8 S. 1004.

[26]) Stille Ges. S. 125.

[27]) Art. 255 § 1 u. Anm. 2 S. 774.

[28]) So wörtlich Zeitschrift f. Rechtspflege u. Verw., Neue Folge Bd. 41 S. 466 unten; vgl. auch RG. Bd. 48 S. 77.

[29]) vgl. Note 22 u. Endemann, Handbuch § 140 V, 3 S. 739; Lutz, Prot. S. 45, 46; Staub § 337 Anm. 5 S. 1003; v. Hahn Art. 255 § 1 Anm. 1 S. 774; Keyßner Art. 255 § 2 S. 245.

[30]) v. Hahn Art. 256 § 1 am Ende; Gareis u. Fuchsberger Art. 255 Nr. 15 S. 569.

[31]) Staub § 337 Anm. 5 S. 1003; Lehmann-Ring § 337 Nr. 3 S. 622; Endemann, Handb. § 140 III, 2 S. 735.

[32]) Behrend § 93 S. 675 oben.

Hat der Komplementar dem stillen Gesellschafter irrtümlicherweise mehr Gewinn ausgezahlt, als in Wirklichkeit erzielt worden ist, so hat er das Recht, insoweit Rückerstattung zu verlangen.[33]) Die für den Kommanditisten geltende Vorschrift des § 172 Abs. 5 HGB. findet auf den stillen Gesellschafter keine Anwendung, eine solche Bestimmung hätte der Gesetzgeber für den stillen Gesellschafter ausdrücklich aufstellen müssen.[34]) Der gegenteilige Wille des Gesetzgebers geht auch aus dem letzten Satze des Abs. 2 § 337 HGB. hervor.

Hat dagegen der Komplementar Gewinn ausgezahlt, obwohl er wußte, daß weniger gemacht oder mit Verlust gearbeitet worden ist, so steht ihm kein Rückforderungsrecht zu, vielmehr ist in dieser Handlungsweise eine Schenkung zu erblicken. Zahlt er aber Gewinnanteile aus, die zur Deckung von in Vorjahren entstandenen Verlusten zu verwenden waren, so liegt darin eine teilweise Rückzahlung der Einlage, die event. nach § 342 HGB. angefochten werden kann.[35])

§ 7.

Die Haftung.

Da die stille Gesellschaft ein durchaus inneres Rechtsverhältnis ist, keine Gesellschaftsgläubiger, sondern nur Gläubiger des Komplementars vorhanden sein können, steht der stille Gesellschafter in keinem direkten Verhältnisse zu den Gläubigern des Komplementars. Sie können sich wegen ihrer Forderungen aus den im Handelsgewerbebetriebe des Komplementars geschlossenen Geschäften nur an diesen halten, der allein aus den Geschäften berechtigt und verpflichtet wird, allein klagen und verklagt werden kann.[1]) Die Gläubiger des Komplementars können eine Forderung des stillen Gesellschafters an sie nicht etwa mit einer ihnen gegen den Komplementar zustehenden Forderung kompensieren.[2]) Die Gläubiger können sich aber eine Forderung des Komplementars gegen den stillen Gesellschafter, z. B. auf Zahlung rückständiger Einlage, abtreten lassen, und aus dieser Zession gegen ihn vorgehen, oder sie können auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels gegen den Komplementar dessen Ansprüche gegen den stillen Gesellschafter pfänden und sich überweisen lassen. Das sind jedoch lediglich Rechte, die jedem Gläubiger zustehen,

---

[33]) Thöl § 111 S. 374; BGB. §§ 812 ff.

[34]) Behrend § 93 S. 675; Lehmann-Ring § 337 Nr. 5 S. 673; Staub § 337 Anm. 7 S. 1004.

[35]) Lehmann-Ring § 337 Nr. 5 S. 673.

[1]) Renaud, Stille Ges. S. 150; Puchelt u. Förtsch Art. 250 Anm. 11 S. 657; Art. 256 Anm. 2 S. 665; Busch Bd. 27 S. 342; JurW. Jahrg. 91 S. 513 Nr. 16.

[2]) Busch Bd. 27 S. 343.

in diesen Fällen haftet der stille Gesellschafter nicht als solcher, sondern wie jeder gewöhnliche Schuldner. Eine besondere Haftung des stillen Gesellschafters kann auch nicht etwa daraus abgeleitet werden, daß er in dem Handelsgewerbe des Komplementars als Prokurist tätig ist.[3])

Ebensowenig hat der stille Gesellschafter gegen die Schuldner des Komplementars einen direkten Anspruch.[4])

Anderseits muß sich der stille Gesellschafter eine Inanspruchnahme seitens der Gläubiger des Komplementars gefallen lassen, wenn er mit denselben im eigenen Namen, wenn vielleicht auch im Auftrage des Komplementars, oder wenn er mit ihnen als unbeschränkt haftender Gesellschafter, als Mitinhaber, offener Gesellschafter oder alleiniger Inhaber Geschäfte abgeschlossen hat.[5]) Geschieht das Auftreten des stillen Gesellschafters als offener Gesellschafter im Einverständnisse mit dem Komplementar, so liegt nach außen hin überhaupt eine offene Handelsgesellschaft vor.[6])

Eine Streitfrage ist es, ob, bezw. unter welchen Umständen sich die Gläubiger des Komplementars bei einem Bekanntsein des stillen Gesellschaftsverhältnisses an den stillen Gesellschafter halten können. Während der Art. 260 des alten d. HGB. hier auf allgemeine Rechtsgrundsätze verwies, ist heute darüber im neuen Handelsgesetzbuch nichts gesagt. Es fragt sich daher, ob in der Kundmachung des stillen Gesellschaftsverhältnisses ein Kreditauftrag liegen und der stille Gesellschafter nach § 778 BGB. haftbar gemacht werden kann.[7])

Renaud verneint das Vorliegen eines mandatum de credendo bei der Kundmachung schlechterdings, selbst wenn der stille Gesellschafter in der Absicht, den Dritten zur Abschließung von Kreditgeschäften zu veranlassen, ihm das stille Gesellschaftsverhältnis kundgemacht hat, und zwar aus dem Grunde, weil der Zweck dieser Veranlassung noch nicht den Willen in sich schließe, sich selbst zu obligieren. Renaud behauptet

---

[3]) Lutz, Prot. Teil 1 S. 295.

[4]) Lehmann-Ring S. 670 Nr. 18.

[5]) Staub § 335 Anm 34 S. 1000; Lehmann-Ring S. 671 Nr. 20; Renaud, Stille Ges. S. 150; Endemann, Handb. § 140 IV, 2 S. 736; Warneyer 4. Jahrg. § 335 HGB. Nr. 2 S. 271.

[6]) Endemann, Handb. § 140 IV, 3 S. 736 f.; Bolze Bd. 16 Nr. 483 S. 292; ROHG. Bd. 15 S. 17, 21; RG. Bd. 31 S. 39; Bolze Bd. 22 Nr. 500; vgl. auch die Entsch. des Handelsgerichts zu Hamburg vom 14. 9. 1854, abgedruckt. in Neues Archiv für HR. Bd. 2 Nr. 18 den 3. u. 4. Rechtsfall S. 441 ff.

[7]) Denkschrift z. Entw. e. HGB. S. 185; Staub § 335 Anm. 34 S. 1000; v. Hahn Art. 250 § 2 S. 768; Anschütz u. v. Völderndorff b. Gareis u. Fuchsberger Art. 260 Nr. 26 S. 573; Lehmann-Ring S. 670 Nr. 19; Gareis § 335 Anm. 7 S. 315. — Über die Vorberatungen zum Art. 260 a. d. HGB. vgl. Endemann, Handb. § 142 II S. 748 ff u. Protokolle S. 1082 u. 1144 ff.

daher eine Haftung nur im Falle des dolus.[8]) Diese Ansicht ist in so allgemeiner Form aber irrtümlich, da die Absicht des stillen Gesellschafters, Dritte zu Kreditgeschäften mit dem Komplementar zu veranlassen, genügen kann, um sich haftbar zu machen, der Mangel des Willens, sich zu obligieren, nicht in Betracht kommt. Vielmehr ist von folgenden Gesichtspunkten auszugehen:

Zunächst ist zu unterscheiden, in welcher Weise das stille Gesellschaftsverhältnis bekannt geworden ist, ob mit oder ohne Wissen und Willen des stillen Gesellschafters. Teilt der Komplementar einem Dritten die Beteiligung des stillen Gesellschafters ohne dessen Wissen und Willen mit, so ist eine Haftung des letzteren ausgeschlossen.[9]) Anders ist es dagegen, wenn sich der stille Gesellschafter selbst oder wenn sich der Komplementar mit Wissen und Willen des stillen Gesellschafters über das stille Geschäftsverhältnis Dritten gegenüber äußert. Hier fragt es sich nämlich, ob die Äußerungen in der Absicht getan worden sind, dadurch den Kredit des Komplementars zu vermehren. Letzteres wird beispielsweise nicht der Fall sein, wenn von seiten des stillen Gesellschafters oder des Komplementars des stillen Gesellschaftsverhältnisses nur beiläufig, gesprächsweise Erwähnung getan wird: nur gelegentliche Mitteilungen können keine Rechtswirkungen hervorrufen. Um nun festzustellen, ob die Mitteilung die genannte Absicht hatte, oder ihr ermangelte, muß jeder einzelne Fall nach den Umständen, insbesondere nach der Form, nach den Personen, denen gegenüber die Äußerung getan wird, und nach der Ausführlichkeit der Mitteilung untersucht werden. Von Bedeutung wird es dabei sein, ob die Mitteilung in einer freundschaftlichen Unterhaltung oder in einem geschäftlichen Gespräche, ob sie einem Freunde oder einem Kunden gegenüber getan worden ist, ob die Höhe der Einlage erwähnt, oder ob die Person des stillen Gesellschafters in bezug auf seine Kreditwürdigkeit geschildert worden ist.

Eine Haftung des stillen Gesellschafters wird man immer anzunehmen haben, wenn seine Beteiligung in verkehrsüblicher Form bekannt gemacht worden ist, z. B. durch Zeitungen, Versendung von Zirkularen oder durch ähnliche kaufmännisch gebräuchliche Mitteilungen, natürlich immer vorausgesetzt, daß sie durch ihn selbst oder mit seinem Wissen und Willen erfolgt ist.[10]) Bei diesen Bekanntmachungen ist als Zweck immer die Absicht zu unterstellen, das Publikum zu Kreditgeschäften mit dem Komplementar zu veranlassen, wenn nicht die Bekanntmachung selbst einen anderen Zweck ergibt. Ferner wird bei Bekanntmachungen durch eine

---

[8]) Stille Ges. Art. 260 S. 109—112.

[9]) Sächs. Archiv für bürgerl. Recht Bd. 7 S. 58; Romen Kap. 1 § 2 S. 11—14; Lehmann-Ring Nr. 19 S. 670.

[10]) v. Hahn Art. 260 § 18 S. 792; Behrend Art. 95 Anm. 38 S. 692; Romen § 5 S. 29; Adler-Clemens, Entsch. Nr. 81 S. 59; anders Lehmann-Ring Nr. 19 S. 670.

Zeitung vermutet, daß jedermann Kenntnis davon hat. Diese Vermutung kann jedoch widerlegt werden.[11])

Bei der Versendung von Zirkularen kann die Frage entstehen, ob sich dadurch der stille Gesellschafter nur den Adressaten gegenüber oder allen Gläubigern des Komplementars gegenüber verhaftet. M. E. ist die Frage im letzteren Sinne zu beantworten, da die Versendung von Zirkularen einer öffentlichen Kundmachung durch eine Zeitung ziemlich gleichsteht und praktisch meist denselben Erfolg hat. Ich meine daher, daß man eine Haftung im allgemeinen nur ausschließen kann, wenn ausdrücklich in den Zirkularen bemerkt ist, daß der Inhalt nur den Adressaten gegenüber Rechtswirkungen hervorruft.[12]) Nicht nötig ist zur Verhaftung des stillen Gesellschafters, daß die Höhe der Einlage desselben bekannt gemacht worden ist.[13]) Doch kann die Bekanntgabe der Höhe der Einlage und des Verlustanteils einen verschiedenen Grad der Haftung hervorbringen. Ist nämlich nicht bekannt gegeben, daß der stille Gesellschafter nur mit einem bestimmten Teile am Verlust partizipiert, so wird er Dritten gegenüber in voller Höhe seiner Einlage haften müssen, während, wenn er seinen Verlustanteil zugleich mit der Höhe seiner Einlage bekannt gemacht hat, er auch nur insoweit in Anspruch genommen werden kann. Das folgt aus den allgemeinen Grundsätzen über Treu und Glauben. Denn gibt der stille Gesellschafter seine Einlagehöhe einem Dritten gegenüber in der Absicht bekannt, daß dieser dem Komplementar kreditiere, so will er damit nichts anderes sagen, als daß er ja bei eintretender Insolvenz des Komplementars, mit seiner Einlage noch dahinter stehe. Der Dritte kann nicht erraten, daß der stille Gesellschafter nur teilweise oder gar nicht am Verluste beteiligt ist, muß vielmehr aus dem Gebahren des stillen Gesellschafters entnehmen, daß er in voller Höhe seiner Einlage haftet. Um keinen Irrtum in dem Dritten zu erregen, muß daher der stille Gesellschafter, um nicht Gefahr zu laufen mit der vollen Einlage zu haften, zugleich mit der Bekanntmachung seiner Beteiligung auch die Höhe des von ihm zu tragenden Verlustes kund tun.[14])

In allen diesen Fällen hat jedoch der Gläubiger des Komplementars erst dann einen direkten Anspruch gegen den stillen Gesellschafter, wenn er aus dem Vermögen des Komplementars — und darunter ist, außer beim Vorliegen einer Handelsgesellschaft, nicht etwa nur ein Handelsfonds zu verstehen — keine volle Befriedigung erlangt hat.[15])

Dem stillen Gesellschafter steht also zunächst die Einrede der Vorausklage

---

[11]) Romen § 7 S. 44.

[12]) Romen S. 29 u. 30 und die dort angeführte Literatur.

[13]) vgl. Urteil des OLG. Dresden vom 11. 2. 1889, abgedruckt im Sächs. Archiv für bürgerl. Recht Bd. 7 S. 58.

[14]) Lehmann-Ring Nr. 19 S. 670.

[15]) Romen S. 48; Lehmann-Ring S. 670 Nr. 19; Behrend § 95 S. 692.

zu, außer in den Fällen, wo der Kreditauftrag für ihn ein Handelsgeschäft war, mit Ausnahme wieder des § 351 HGB.

Da der stille Gesellschafter nur in Höhe seiner versprochenen und noch nicht eingezahlten oder wieder zurückgezahlten Einlage haftet, kann er bei einer Bekanntmachung des stillen Gesellschaftsverhältnisses auch nur insoweit von den Gläubigern in Anspruch genommen werden.[16]) War die Höhe der Einlage dem Gläubiger bekannt, so haftet der stille Gesellschafter schon um deswillen nur in dieser Höhe.

Das Garantieversprechen bezieht sich nur auf solche Forderungen, die nach Abgabe des Versprechens entstanden sind. Für die vor Abgabe des Versprechens bereits entstandenen Forderungen übernimmt der stille Gesellschafter keine Haftung, es sei denn, daß ausdrücklich etwas anderes vereinbart worden sei.[17]) Der von Behrend[18]) angeführte Grund, „daß die Gläubiger vom Zeitpunkte des Versprechens an berechtigt seien, den Komplementar auch in betreff der früheren Forderungen als durch die Einlage gedeckt zu betrachten," reicht nicht aus zu einer rückwirkenden Kraft eines solchen Kreditauftrages. — Ferner kann ich mich der Meinung von Lehmann-Ring[19]) nicht anschließen, daß der stille Gesellschafter jedem einzelnen Gläubiger gesondert hafte, er also den Einwand, er habe einem anderen Gläubiger schon in Höhe seiner versprochenen Einlage gehaftet, nicht geltend machen könne. Der Grund, daß jeder Garantievertrag aus sich heraus zu beurteilen ist, trifft bei einem stillen Gesellschaftsvertrage nicht zu, wo der stille Gesellschafter nicht für ein einzelnes Geschäft oder einer einzelnen Person zu garantieren verspricht, sondern wo er als stiller Gesellschafter auftritt. Darin liegt gerade, daß er nicht für ein einzelnes Geschäft, sondern event. für den in dem Geschäftsbetriebe sich ergebenden Gesamtverlust in bestimmter Höhe haftet. Das muß sich jeder Gläubiger sagen.

Das Garantieversprechen erlischt durch die Auflösung der stillen Gesellschaft. Es kann aber auch widerrufen werden oder durch Eintritt eines in der früheren Kundmachung festgesetzten Endtermins außer Kraft treten. Jedoch können alle diese Tatsachen nur dann den Gläubigern entgegengesetzt werden, wenn sie dieselben kannten oder kennen mußten. Einen Widerruf des Garantieversprechens wird daher der stille Gesellschafter in entsprechender Weise, wie die Kundgabe desselben bekannt machen müssen. Selbstverständlich wird der stille Gesellschafter dadurch von bereits entstandenen Ansprüchen nicht befreit, das Erlöschen des Garantieversprechens wirkt nur für die Zukunft.[20])

---

[16]) Lehmann-Ring S. 670 Nr. 19; Behrend § 95 S. 692; Romen S. 49.

[17]) Romen § 8 S. 45.

[18]) S. 692 Anm. 38.

[19]) S. 670 Nr. 19.

[20]) vgl. hierzu; Lehmann-Ring S. 670, 671; v. Hahn S. 794 § 23; Behrend Art. 95 S. 692 u. 693; Romen § 10 S. 50—52.

In Art. 257 des alten d. HGB. war bestimmt, daß der stille Gesellschafter unbeschränkt hafte, wenn sein Name in der Firma des Komplementars mit enthalten sei. Der Artikel hat keine entsprechende Aufnahme im neuen Handelsgesetzbuch gefunden, nur geht aus den jetzigen Artikeln über die Handelsfirma, insbesondere aus § 18 des HGB. hervor, daß der Name des stillen Gesellschafters nicht mit in die Firma aufgenommen werden darf. Bezüglich der Haftung des stillen Gesellschafters in einem solchen Falle ist man aber heute auf die allgemeinen Grundsätze angewiesen.[21] Es wird auch hier zunächst zu unterscheiden sein, ob der Name des stillen Gesellschafters mit oder ohne sein Wissen und Willen in die Firma aufgenommen worden ist und nur im ersteren Falle wird der stille Gesellschafter haftbar gemacht werden können.[22] Erhält der stille Gesellschafter Kenntnis von der Aufnahme seines Namens, die wider oder ohne seinen Willen geschehen ist, so wird er sich von einer Haftung gegenuber gutgläubigen Dritten nur befreien können, wenn er dagegen einschreitet, nötigenfalls durch öffentliche Bekanntmachung seines entgegenstehenden Willens.[23] Tut er nichts dagegen, so wird man sein Einverständnis mit der Aufnahme seines Namens in die Firma annehmen müssen. Die Haftung ist dann nicht auf die Einlage beschränkt, sondern umfaßt dann das Vermögen des stillen Gesellschafters auch ohne eine ausdrückliche Bestimmung des Gesetzes entsprechend dem Art. 257 des alten d. HGB.[24]

Stand der Name des stillen Gesellschafters auch schon vor Gründung der stillen Gesellschaft in der Firma des Komplementars — z. B. weil er früher selbst Inhaber des Geschäfts war, dies mit der Firma an den Komplementar verkauft hat und nun mit einem Teile des Kaufpreises als stiller Gesellschafter beteiligt bleibt —, so kann natürlich von einer solidarischen Haftung des stillen Gesellschafters für die in der neu gegründeten stillen Gesellschaft abgeschlossenen Geschäfte keine Rede sein. Ebensowenig, wenn ein offener Gesellschafter, dessen Name in der Firma steht, ausscheidet und als stiller Gesellschafter beteiligt bleibt. Für die Gläubiger kann hier kein Irrtum entstehen, da im ersten Falle der Übergang des Geschäfts mit der Firma, im zweiten Falle das Ausscheiden des Gesellschafters im Handelsregister zu verlautbaren ist. Ist dies aber unterblieben, so haftet im ersten Falle der stille Gesellschafter gemäß §§ 26 u. 15 HGB., während im zweiten Falle die bisherige solidarische Haftung jedem gutgläubigen Dritten gegenüber auch ferner besteht.[25]

---

[21] Denkschrift z. Entw. e. HGB. S. 184, 185.

[22] v. Hahn Art. 257 § 2 S. 776; Behrend Art. 95 S. 683; Endemann, Handbuch § 141 I S. 745.

[23] Gareis u. Fuchsberger Art. 256 Nr. 16 S. 569; ROHG. Bd. 23 S. 54 u. 56.

[24] Romen S. 10; Seufferts Archiv, Neue Folge Bd. 3 Nr. 250 S. 349, 350; Goldschmidt Bd. 24 S. 575 Nr. 4.

[25] § 15 HGB.

§ 8.

Die Auflösung der stillen Gesellschaft.

Während das allgem. deutsche Handelsgesetzbuch in den Art. 261—264 die Gründe aufzählt, die die Auflösung der stillen Gesellschaft herbeiführen, beschränkt sich das neue Handelsgesetzbuch auf den § 339. Zur Ergänzung dieser Vorschriften sind daher die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuch über die Auflösung der bürgerlichen Gesellschaft §§ 723 ff. heranzuziehen.[1])

In beiden Gesetzbüchern ist zunächst nicht ausdrücklich erklärt, ob die Gesellschaft durch Übereinkunft oder durch Ablauf der für sie bestimmten Dauer aufgelöst wird. Das ist jedoch ohne weiteres, wie für die bürgerliche Gesellschaft, so auch für die stille Gesellschaft als einer besonderen Art der bürgerlichen Gesellschaft anzunehmen.

Der stille Gesellschafter kann zu jeder Zeit mit dem Komplementar dahin übereinkommen, das Gesellschaftsverhältnis zu beendigen. Eine Übereinkunft liegt ebenso darin, daß der stille Gesellschafter mit dem Komplementar bei Aufstellung des Gesellschaftsvertrages oder später vereinbart, die Gesellschaft solle bis zu der und der Zeit dauern. Beide Fälle unterscheiden sich nur dadurch, daß dort die Übereinkunft, hier aber der Ablauf der Zeit der Auflösungsgrund ist. Ebenso kann die Auflösung von dem Eintritte einer Resolutivbedingung abhängig gemacht werden.[2]) Natürlich kann eine auf bestimmte Dauer geschlossene oder von einer Resolutivbedingung abhängig gemachte stille Gesellschaft ausdrücklich oder stillschweigend fortgesetzt werden. Sie gilt dann als auf unbestimmte Zeit verlängert.[3])

Ein weiterer Grund, der die stille Gesellschaft sofort auflöst, ist, daß der vereinbarte Zweck erreicht, oder unerreichbar geworden ist, § 726 BGB.[4]) Ein solcher wird z. B. vorliegen, wenn der Komplementar das Handelsgewerbe ohne Zustimmung des stillen Gesellschafters veräußert oder wenn er den Gewerbebetrieb einstellt; denn damit fallen die Voraussetzungen, unter denen der stille Gesellschafter das Gesellschaftsverhältnis eingegangen ist, seine Beteiligung an dem Handelsgewerbe wird ihm dadurch unmöglich gemacht.[5]) Die Gesellschaft endigt sofort ohne Kündigung und der Komplementar macht sich bei Verschuldung schadensersatz-

---

[1]) Staub § 339 Anm. 1 S. 1006; Cosack, Handelsrecht § 112 XI, 1 S. 546; Denkschrift z. Entw. e. HGB. S. 185.

[2]) Mot. z. Entw. eines BGB. Bd. 2 S. 617; Staub § 339 Anm. 13 u. 14.

[3]) §§ 339, 134 HGB.; Lehmann-Ring § 339 Nr. 3 S. 674.

[4]) Denkschrift z Entw. e. HGB. S. 185; Staub § 339 Anm. 8 S. 1007; Planck, BGB. § 723 S. 472.

[5]) Staub § 339 Anm. 10 S. 1007, 1008; Lehmann-Ring S. 669 V.; § 339 Nr. 7 S. 675; Gareis § 339 Anm. 1 S. 317; dagegen Puchelt-Förtsch, Art. 261 Anm. 6 S. 676.

pflichtig. [6]) Ist dagegen die Veräußerung des Geschäfts oder die Einstellung des Betriebes mit Einwilligung des stillen Gesellschafters erfolgt, so liegt darin eine Auflösung durch Übereinkunft.

Es können auch äußere Umstände eintreten, die tatsächlich oder aus rechtlichen Gründen eine Verfolgung des vereinbarten Zweckes unmöglich machen, wie der Eintritt höherer Gewalt oder die Aufstellung von Staatsgesetzen; als Beispiele nennt Renaud [7]) Ein- und Ausfuhrverbote, Lastig [8]) drückende Zollsteigerungen. — Im Einzelfalle wird allerdings die Beantwortung der Frage, ob eine Tatsache die Erreichung des Zweckes unmöglich macht, sehr schwierig sein.

Einen ipso iure wirkenden Auflösungsgrund kann auch die Unmöglichkeit der Beitragsleistung bilden. Hat der stille Gesellschafter z. B. eine Spezies als Einlage zu leisten, mit Hilfe deren der Betrieb begonnen und unternommen werden soll, von deren Leistung also der ganze Betrieb abhängt, so wird in dem Augenblick, wo die Leistung dieser Spezies unmöglich wird, der Vertrag in sich zusammenfallen. [9])

Eine weitere Frage ist, ob der Tod eines der beiden Gesellschafter einen Auflösungsgrund bildet. Das Handelsgesetzbuch enthält darüber nur im § 339 die Bestimmung, daß durch den Tod des stillen Gesellschafters die stille Gesellschaft nicht aufgelöst wird. Mit dieser Vorschrift wollte jedoch der Gesetzgeber kein ius cogens schaffen, vielmehr soll sie nur dann Platz greifen, wenn im Gesellschaftsvertrage über den Tod des stillen Gesellschafters keine Bestimmung getroffen worden ist. [10]) Anders steht es mit dem Tode des Komplementars, für den der § 727 BGB. zur Anwendung heranzuziehen ist. Hier ist es gerade umgekehrt, denn sein Tod löst gerade die stille Gesellschaft auf, sofern nicht aus dem Gesellschaftsvertrage ein andres hervorgeht. [11]).

Als Zeitpunkt der Auflösung beim Tode gilt nicht etwa der Augenblick, wo der andere Gesellschafter Kenntnis davon erlangt, vielmehr endigt die Gesellschaft mit dem Zeitpunkt des Todes. [12])

Wird die stille Gesellschaft durch den eingetretenen Tod des Komplementars nicht aufgelöst, so besteht sie mit den Erben fort und zwar treten diese ohne weiteres in die Stellung des verstorbenen Gesellschafters ein, ohne daß erst ein neuer Gesellschaftsvertrag geschlossen werden müßte. [13])

---

[6]) Warneyer 2. Jahrg.; § 340 HGB. S. 228.
[7]) Stille Ges. S. 158.
[8]) In Endemanns Handb. § 93 II b S. 405.
[9]) Motive z. Entw. e. BGB. Bd. 2 S. 600; Busch Bd. 24 S. 343.
[10]) Lehmann-Ring § 339 Nr. 8 S. 675.
[11]) Renaud, Stille Ges. S. 163; Staub § 339 Anm. 4 S. 1007; Lehmann-Ring § 339 Nr. 8 S. 675.
[12]) Motive z. BGB. 1. Lesung Bd. 2 S. 623.
[13]) Adler-Clemens, Entsch. Nr. 425 S. 425.

Natürlich bleibt es den Erben unbenommen, die Erbschaft auszuschlagen.[14])

Mehrere an Stelle des stillen Gesellschafters tretende Erben können die ihnen aus dem stillen Gesellschaftsverhältnisse zustehenden Rechte immer nur zusammen geltend machen, sie können zusammen nur eine Bilanz verlangen, ebenso wie sie nur zusammen ein Konto bei dem Komplementar haben. Die mehreren Erben nehmen gemeinsam Teil am Gewinne und Verluste, sie haften gemeinschaftlich für eine rückständige Einlage. Eine Einsicht in die Bücher können sie nur durch eine Person bewirken.[15]) Wird die stille Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst, so liegen den Erben die in § 727 BGB. aufgestellten Pflichten ob, insbesondere die, dem anderen Gesellschafter den Tod unverzüglich anzuzeigen.[16])

Wie der Tod eines Gesellschafters, so hat auch die Auflösung einer als Komplementar oder als stiller Gesellschafter beteiligten juristischen Person oder Handelsgesellschaft entsprechend die Auflösung zur Folge oder nicht, je nachdem in dem Vertrage etwas darüber bestimmt ist oder nicht. Dem Tod wird also die Auflösung einer als Gesellschafter beteiligten juristischen Person oder Handelsgesellschaft insoweit gleichgestellt.[17])

Der Eintritt der Geschäftsunfähigkeit oder der beschränkten Geschäftsfähigkeit in der Person des Komplementars oder des stillen Gesellschafters hat auf das Bestehen des stillen Gesellschaftsverhältnisses keinen Einfluß, es sei denn, daß die Erreichung des Gesellschaftszweckes dadurch unmöglich gemacht, und die Gesellschaft nach § 726 BGB. aufgelöst wird. Unter Umständen kann jedoch der gänzliche oder teilweise Verlust der Geschäftsfähigkeit einen Kündigungsgrund für den Gesellschafter bilden.[18])

Nach altem Rechte[19]) wurde die stille Gesellschaft durch den Entritt der rechtlichen Unfähigkeit des Komplementars zur selbständigen Vermögensverwaltung aufgelöst. Diese Bestimmung ist in das neue Handelsgesetzbuch nicht aufgenommen worden. Doch kann für den stillen Gesellschafter in jener Unfähigkeit ebenfalls ein Grund zur Kündigung liegen.[20])

Ein weiterer sofortiger Auflösungsgrund ist nach § 728 BGB. die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines der beiden Gesellschafter, also im Falle der eine Gesellschafter eine Handelsgesellschaft ist,

---

[14]) Renaud, Stille Ges. S. 164; Staub § 339 Anm. 4 S. 1007; Planck, BGB. § 727 S. 475; Motive z. Entw. e. BGB. S. 623; Puchelt-Förtsch Art. 264 Anm. 3 S. 679.

[15]) Renaud, Stille Ges. S. 163; vgl. auch Lehmann-Ring § 339 Nr. 8 S. 675.

[16]) Staub § 339 Anm. 3 S. 1006; Lehmann-Ring § 339 Nr. 8 S. 675.

[17]) Renaud, Stille Ges. S. 164; Staub § 339 Anm. 5 S. 1007; Lehmann-Ring § 339 Nr. 8 S. 675; Behrend § 94 I Anm. 3 S. 676; Puchelt-Förtsch Art. 261 Anm. 2 S. 676.

[18]) Planck § 727 S. 475; Motive z. Entw. e. BGB. Bd. 2 S. 624.

[19]) A.d.HGB. Art. 261.

[20]) Denkschrift z. Entw. e. HGB. S. 185; Lehmann-Ring § 339 Nr. 5 S. 674; Behrend § 94 I Anm. 3 S. 676.

des Konkurses über das Gesellschaftsvermögen.[21]) Ein Beschluß der Gläubigerversammlung, wonach die Fortführung des Geschäfts beschlossen würde, wäre auf die Auflösung der stillen Gesellschaft ohne Einfluß.[22]) Über die Eröffnung des Konkursverfahrens entscheidet die Konkursordnung.

Wie die stille Gesellschaft als solche nicht in Konkurs verfallen kann, kann es auch keine Konkursgläubiger der stillen Gesellschaft, sondern nur solche des betreffenden Gemeinschuldners geben. Undenkbar ist auch die Anwendung der Bestimmungen im § 736 BGB., wonach im Gesellschaftsvertrage bestimmt sein könnte, daß, wenn ein Gesellschafter in Konkurs gerät, die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll, da die stille Gesellschaft immer nur aus zwei Gesellschaftern bestehen kann. Daher kann auch ein Ausscheiden eines einzelnen Gesellschafters unter Fortbestehen der Gesellschaft nicht stattfinden.

Als weiterer Grund, die Auflösung der stillen Gesellschaft herbeizuführen, ist die Kündigung zu nennen.

§ 339 HGB. bestimmt, daß auf die Kündigung der Gesellschaft durch einen der Gesellschafter oder durch einen Gläubiger des stillen Gesellschafters die Vorschriften der §§ 132, 134, 135 des HGB. entsprechende Anwendung finden, daß aber die Vorschriften des § 723 BGB. über das Recht, die Gesellschaft aus wichtigen Gründen ohne Einhaltung einer Frist zu kündigen, unberührt bleiben.

a) Zunächst soll von der Kündigung unter Einhaltung einer Frist seitens der beiden Gesellschafter gesprochen werden.

Entsprechend dem § 132 HGB. können die Gesellschafter die stille Gesellschaft, die für unbestimmte Zeit eingegangen ist, nur für den Schluß eines Kalenderjahres kündigen, und zwar muß die Kündigung sechs Monate vor diesem Zeitpunkte erfolgen. Es ist hier also anders wie bei der bürgerlichen Gesellschaft, wo ein Gesellschafter eine auf unbestimmte Dauer eingegangene Gesellschaft jederzeit kündigen kann.[23]) Einer auf unbestimmte Dauer geschlossenen Gesellschaft wird nach § 134 HGB. eine auf Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangene oder eine nach Ablauf der für ihre Dauer bestimmte Zeit stillschweigend fortgesetzte Gesellschaft im Sinne der Vorschriften des § 132 HGB. gleichgestellt. Das Kündigungsrecht kann durch Vereinbarung weder ausgeschlossen noch beschränkt werden, insoweit enthält der § 132 HGB. in Verbindung mit § 723 BGB. eine lex absoluta. Möglich ist dagegen eine Abänderung des Zeitpunktes und der Dauer der Kündigungsfrist.[24])

---

[21]) Lehmann-Ring § 339 Nr. 9 S. 675; Staub § 339 Anm. 6 S. 1007; vgl. auch die Einwendungen gegen die Auflösung beim Konkurse des stillen Gesellschafters bei Makower Art. 261 Anm. 11 S. 273 ff., insbes. Note 11 zu Art. 126 S. 173.

[22]) KO. § 132; Lehmann-Ring § 339 Nr. 9 S. 675.

[23]) BGB. § 723; Denkschrift z. Entw. e. HGB. S. 185.

[24]) Lehmann-Ring § 339 Nr. 5 am Ende S. 675; Mot. z. Entw. e. BGB. S. 347 u. 348; JurW. Jahrg. 95 S. 11 u. 12 Nr. 31.

Bei einer auf bestimmte Dauer geschlossenen Gesellschaft entfällt das Kündigungsrecht unter Einhaltung einer Frist von selbst. Wird eine solche Gesellschaft nachträglich auf Lebenszeit eines Gesellschafters abgeschlossen, so beginnt die Kündbarkeit im Zweifel erst nach Ablauf der nach dem alten Vertrage verabredeten Zeit.[25])

Ein Recht, die stille Gesellschaft unter Einhaltung einer Frist zu kündigen, gewährt der § 339 HGB. ferner einem Gläubiger des stillen Gesellschafters; es ist das gleiche, welches einem Privatgläubiger eines offenen Gesellschafters nach § 135 HGB. zusteht. Voraussetzung ist darnach, daß der Gläubiger, nachdem er innerhalb der letzten sechs Monate eine Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des stillen Gesellschafters ohne Erfolg versucht hat, auf Grund eines nicht bloß vorläufig vollstreckbaren Schuldtitels die Pfändung und Überweisung des Anspruchs auf dasjenige erwirkt hat, was dem stillen Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt. Liegen diese Voraussetzungen vor, dann kann der Gläubiger die stille Gesellschaft sechs Monate vor dem Ende des Geschäftsjahres für diese Zeit kündigen. Ohne Einfluß ist es dabei, ob die stille Gesellschaft auf bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen ist, oder ob die Gesellschafter eine kürzere oder längere Kündigungsfrist vereinbart haben. Wird der Gläubiger bis zum Ablaufe des Geschäftsjahres — sei es auch durch den Komplementar — nicht befriedigt, so hört die stille Gesellschaft mit diesem Zeitpunkte auf.[26])

Die Gläubiger des Komplementars bedürfen eines solchen den Gläubigern des stillen Gesellschafters zur Seite stehenden Kündigungsrechtes nicht, da sie wegen ihrer Forderungen jederzeit die Zwangsvollstreckung in das zum Handelsgewerbebetriebe des Komplementars gehörige Vermögen betreiben können, auch wegen solcher Forderungen, die nicht in diesem Handelsgewerbe entstanden sind.[27])

b) Ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kann dagegen die stille Gesellschaft nur gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Dies betrifft sowohl eine auf bestimmte als eine auf unbestimmte Dauer eingegangene Gesellschaft. Zu beachten ist hier, daß in solchen Fällen nicht der die offene Handelsgesellschaft betreffende § 133 HGB. gilt, wo die Gesellschaft auf Antrag eines Gesellschafters durch gerichtliche Entscheidung ausgesprochen werden kann, sondern, daß hier die Vorschriften des BGB. anzuwenden sind, da § 339 HGB. ausdrücklich

---

[25]) ROHG. Bd. 13 S. 417 f.

[26]) Lastig bei Endemann § 141 II S. 746 meint, daß diese Bestimmung der §§ 339, 135 HGB. die Gläubiger des stillen Gesellschafters über das gewöhnliche Maß hinaus begünstigt.

[27]) Staub § 339 Anm. 26 S. 1009; Lehmann-Ring § 339 Nr. 6 S. 675.

erklärt, daß beim Vorliegen eines wichtigen Grundes die im § 723 BGB. enthaltenen Bestimmungen unberührt bleiben.[28])

Ob wichtige Gründe vorliegen, wird in jedem Einzelfalle zu untersuchen sein. Der Gesellschaftsvertrag kann solche Gründe vorsehen. Doch ist damit nicht gesagt, daß nur beim Vorliegen der festgelegten Gründe die Gesellschaft durch Kündigung sofort aufgelöst werden kann. Gesetzt auch, im Vertrage wäre ausdrücklich erklärt, daß nur die darin vorgesehenen Gründe Anlaß zur Kündigung ohne Kündigungsfrist geben können, so kann dennoch diese Erklärung keine bindende Bedeutung haben, da wichtige Gründe eintreten können, die nicht vorhergesehen werden konnten. Daß dann aber ein Gesellschafter zur Fortsetzung der Gesellschaft nicht gezwungen werden kann, das entspricht den allgemeinen Grundsätzen von Treu und Glauben.[29])

Das Bürgerliche Gesetzbuch hebt im § 723 zwei wichtige Gründe hervor, die einen Gesellschafter zur sofortigen Kündigung berechtigen, und zwar den, daß ein anderer Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrage obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt, und den, daß die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird. Diese Bestimmung deckt sich mit dem Abs. 2 des § 133 HGB.

Zu den wesentlichen Verpflichtungen des Komplementars wird es gehören, daß er die Einlage des stillen Gesellschafters zu dem vereinbarten Handelsgewerbebetriebe und nicht etwa zu anderen Unternehmungen verwendet,[30]) daß er bei der Geschäftsführung nicht unredlich oder nachlässig verfährt,[31]) daß er mit der Bilanzziehung und Auszahlung des Gewinns nicht in Verzug gerät, und daß er nicht dem Konkurrenzverbote zuwider oder ohne Zustimmung des stillen Gesellschafters Geschäfte betreibt, wodurch das Interesse des stillen Gesellschafters geschädigt und die Zwecke des Gesellschaftsvertrages illusorisch gemacht werden. Auch die Veränderung des Gegenstandes oder der Firma des Handelsgewerbes z. B. die Aufnahme des Namens des stillen Gesellschafters in die Firma können berechtigten Grund zur sofortigen Kündigung geben.[32])

Zu den wesentlichen Verpflichtungen des stillen Gesellschafters wird es gehören, daß er die versprochene Einlage leistet,[33]) und daß er

---

[28]) Denkschrift z. Entw. e. HGB. S. 185; Staub § 339 Anm. 19 S. 1008 am Ende; Lehmann-Ring § 339 Nr. 4 u. 5 S. 674.

[29]) Gareis u. Fuchsberger Art. 262 Anm. 29 S. 575; Renaud, Stille Ges. S. 158; ROHG. Bd. 12 S. 100.

[30]) vgl. Note 5 in § 4.

[31]) ROHG. Bd. 13, 185.

[32]) vgl. hierzu Renaud, Stille Ges. S. 160; Staub § 339 Anm. 19 u. 20 S. 1008 u. 1009; v. Hahn Art. 262 S. 797; Lehmann-Ring. Nr. 15 S. 668 u. 669 u. S. 674 Nr. 5 § 339.

[33]) ROHG. Bd. 10 433.

nicht Geschäftsgeheimnisse verrät, die ihm durch Einsicht in die Bücher zugänglich gemacht worden sind.[34])

Ein wichtiger Grund zur Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist wird für den stillen Gesellschafter auch darin liegen, daß der Komplementar wider Willen des stillen Gesellschafters einen offenen Handelsgesellschafter oder einen Kommanditisten aufnimmt, da die stille Gesellschaft ein auf gegenseitigem Vertrauen beruhendes Verhältnis ist, das durch eine derartige Veränderung in der Person des Komplementars gestört wird.[35]) Dagegen kann der stille Gesellschafter aus der Aufnahme eines anderen stillen Gesellschafters seitens des Komplementars in der Regel keinen Kündigungsgrund herleiten, da dadurch die Person des Inhabers nicht verändert wird.[36])

Wird der Komplementar an der Fortführung der Geschäfte durch anhaltende Krankheit gehindert, so wird der stille Gesellschafter in der Regel ebenfalls ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen dürfen, denn meist hat er das Gesellschaftsverhältnis mit dem Komplementar aus Zutrauen zu dessen Umsicht und Tüchtigkeit geschlossen, also auch in dem Glauben, daß der Komplementar das Geschäft persönlich betreibe.[37])

Für beide Gesellschafter kann ein Grund zu sofortiger Kündigung daraus entstehen, daß der Handelsgewerbebetrieb infolge irgend welcher Umstände nicht mehr rentabel wird, z. B. infolge überhandnehmender Konkurrenz.[38])

Auch wegen Störung der persönlichen Beziehungen, insbesondere wegen erheblicher persönlicher Mißhelligkeiten, beispielsweise schwerer Injurien, wird man keinen Gesellschafter zumuten können, das Gesellschaftsverhältnis fortzusetzen, vielmehr ihm das sofortige Kündigungsrecht zubilligen müssen. Kündigen kann dann natürlich nur der Unschuldige.[39])

Dem anderen Teile wird man in diesen Fällen das Recht der sogen. Kompensation des Verschuldens gewähren müssen.[40])

Eine vereinbarungsgemäße Ausschließung oder Einschränkung des Kündigungsrechtes ohne Frist ist ebenso unwirksam wie eine solche bei der befristeten Kündigung (BGB. § 723 Abs. 3).

Ist der Komplementar oder stille Gesellschafter eine Ehefrau, so

---

[34]) vgl. hierzu Renaud, Stille Ges. S. 160; Lehmann-Ring § 339 Nr. 5 S. 674; Mot. z. Entw. e. BGB. S. 596.

[35]) Lehmann-Ring S. 669 Nr. 15.

[36]) Lehmann-Ring eod.; Renaud, Stille Ges. S. 135.

[37]) Renaud, Stille Ges. S. 161; Lehmann-Ring § 339 Nr. 5 S. 674.

[38]) Renaud, Stille Ges. S. 159; v. Hahn Art. 262 S. 797; Gareis und Fuchsberger Art. 262 Anm. 30 S. 575; Behrend § 94 Anm. 3 S. 676; ROHG. Bd. 12 Nr. 32 S. 100ff.; vgl. auch sächs. Archiv f. bürgerl. Recht Bd. 11 S. 331 ff.; Urteil v. 18. 10. 1900.

[39]) Lehmann-Ring § 339 Nr. 5 S. 675; Busch Bd. 24 S. 325 ff.

[40]) vgl. RG. Bd. 24 S. 139.

besteht dann nach § 1358 BGB. für den Ehemann noch ein besonderes Kündigungsrecht ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist, wenn die Frau sich zu von ihr in Person zu bewirkenden Leistungen verpflichtet hat, wodurch die ehelichen Interessen beeinträchtigt werden. Doch bedarf der Ehemann zur Kündigung der Ermächtigung des Vormundschaftsgerichtes.[41])

Eine Form für die Kündigung schreibt das Gesetz nicht vor, sie ist demnach formlos, wenn nicht im Gesellschaftsvertrage etwas anderes vereinbart worden ist.[42]) Dem Kündigenden liegt die Pflicht ob, den Grund zu beweisen, auf den er seinen Anspruch stützt. Wer Veranlassung zur sofortigen Kündigung gegeben hat, ist dem anderen Gesellschafter daraus schadensersatzpflichtig.[43])

Kündigt ein Gesellschafter aus einem wichtigen Grunde, so wird die stille Gesellschaft sofort mit dem Augenblick, wo die die Kündigung enthaltende Erklärung dem anderen Gesellschafter zugeht, aufgelöst. Eines richterlichen Spruches bedarf es hier ebensowenig wie in den anderen Fällen, wo die Gesellschaft ipso iure endigt, z. B. wenn die vereinbarte Zeit ihrer Beendigung eingetreten oder die Erreichung des Zweckes unmöglich geworden ist.[44]) Das richterliche Urteil hat in allen diesen Fällen, anders wie bei der offenen Handelsgesellschaft (§ 133 HGB.), lediglich deklaratorische Wirkung. War die Kündigung ungerechtfertigt, so bleibt dieselbe wirkungslos, das Gesellschaftsverhältnis besteht fort.[45])

§ 9.

Die Wirkungen der Auflösung.

Mit der Auflösung der stillen Gesellschaft hört der stille Gesellschafter auf an dem Handelsgewerbe des Komplementars teilzunehmen. Beide Gesellschafter werden in Zukunft von ihren gesellschaftlichen Verpflichtungen frei, der stille Gesellschafter insbesondere wird von der Einlagepflicht befreit, hat aber auch keinen Anteil mehr an dem Gewinn und Verlust des Handelsgewerbes des Komplementars.

In dem Augenblicke, wo der stille Gesellschafter als solcher seiner Stellung verlustig geht, wird er ein gewöhnlicher Gläubiger des Komplementars. Letzterer ist nun verpflichtet, sich mit dem stillen Gesellschafter auseinanderzusetzen.

---

[41]) Lehmann-Ring S. 667 Nr. 12.
[42]) vgl. auch § 127 BGB.
[43]) Staub § 339 Anm. 24 S. 1009; ROHG. Bd. 17, 367, Bd. 24, 310.
[44]) vgl. Neumann § 726 S. 453.
[45]) Denkschr. z. HGB. S. 185; Staub § 339 Anm. 23 S. 1009; Planck § 723 S. 472; Lehmann-Ring § 339 Nr. 5 S. 675; ROHG. Bd. 12 Nr. 32 S. 101.

Nach außen hin ändert sich dagegen durch die Auflösung in der Regel nichts. Der Komplementar bleibt Inhaber des Handelsgewerbes, er betreibt das Geschäft unter seiner bisherigen Firma fort.[1]) Wie das Bestehen der stillen Gesellschaft nach außen hin ohne Wirkung war, so bleibt auch die Beendigung des stillen Gesellschaftsverhältnisses Dritten gegenüber ohne Wirkung.

Eine Liquidation, wie sie bei der Auflösung von Handelsgesellschaften stattfindet, gibt es bei der stillen Gesellschaft nicht, es folgt vielmehr nur eine einfache Auseinandersetzung. Der Grund dafür liegt darin, daß das Handelsgewerbe dem Komplementar gehört, eine Gemeinsamkeit des Handelsgewerbebetriebes bei der stillen Gesellschaft ausgeschlossen ist, ein Gesellschaftsfonds fehlt.[2])

Zur Ergänzung der Vorschriften über die Auseinandersetzung im § 340 HGB. sind die Bestimmungen der §§ 738 und 740 BGB. heranzuziehen.[3]) Der § 340 HGB. enthält jedoch nur dispositive Bestimmungen, die beiden Gesellschafter können eine andere Art der Auseinandersetzung vereinbaren, beispielsweise in der Form, daß der Komplementar dem stillen Gesellschafter eine Abfindungssumme zahlt.[4])

Für die Berechnung des dem stillen Gesellschafter zukommenden Gewinn- bezw. Verlustanteils ist der Vermögensstand des Handelsgewerbes des Komplementars zur Zeit der Auflösung maßgebend.[5]) Das dem stillen Gesellschafter an diesem Zeitpunkte zukommende Guthaben hat der Komplementar nach § 340 HGB. in Geld zu berichtigen, d. h. der stille Gesellschafter hat ein reines Forderungsrecht an den Komplementar, das er auch abtreten kann.[6]) Ebenso hat aber jetzt auch der Komplementar eine reine Forderung auf Geld an den stillen Gesellschafter, sofern sich für diesen ein Passivsaldo herausstellt; mag nach dem Vertrage die Einlagepflicht des stillen Gesellschafters in Einbringung von Sachen oder anderen Wertleistungen bestehen, jetzt hat der Komplementar nur ein Recht auf den Geldbetrag, den diese Einlage repräsentiert. Eine Einlage, die gemäß dem Vertrage im Zeitpunkte der Auflösung noch nicht fällig ist, hat der stille Gesellschafter nicht mehr zu leisten, da es nunmehr an der Voraussetzung fehlt, unter der die Einlage geleistet werden sollte.[7]) Eine zur Zeit der Auflösung bereits fällige Einlage hat der stille Gesellschafter dagegen insoweit zu leisten, als er bei der Abrechnung

---

[1]) JurW. Jahrg. 1893 S. 543 Nr. 27.
[2]) Renaud, Stille Ges. S. 172; Lehmann-Ring § 340 Nr. 1 S. 676; Behrend § 94 II S. 677; Endemann, Handelsrecht § 140 VIII S. 744; vgl. auch Entsch. des RG. Bd. 45 S. 37 ff.
[3]) Staub § 340 Anm. 3—5 S. 1011.
[4]) JurW. Jahrg. 1895 S. 146 Nr. 8; Staub § 340 Anm. 16 S. 1013.
[5]) Lehmann-Ring § 340 Nr. 4 S. 677; Behrend § 94 V S. 679.
[6]) Renaud, Stille Ges. S. 118.
[7]) Lehmann-Ring § 340 Nr. 2 S. 676; Behrend § 94 S. 678.

mit einem Schuldbetrage belastet bleibt. Dies kann aber keine Einlagepflicht mehr genannt werden, sondern vielmehr nur eine Pflicht, den ihn treffenden Schuldposten zu tilgen; daher wird auch dieser Posten nicht als Einlageforderung, sondern als ein dem Komplementar zukommendes Guthaben eingeklagt.[8]) Eine rückständige Einlage wird jedoch der stille Gesellschafter im vollen Umfange leisten müssen, wenn der Komplementar darlegt, daß er dieselbe zur Abwicklung der noch schwebenden Geschäfte benötigt.[9]) Dann geht sie aber auch in das Vermögen des Komplementars über.

Die Gesellschafter haben gegenseitig das Recht auf Auszahlung ihres Guthabens nach der Auflösung. Während nun aber der Komplementar an der Hand seiner Geschäftsbücher das dem stillen Gesellschafter zukommende Guthaben mit Leichtigkeit berechnen kann, wird dies dem stillen Gesellschafter in der Regel nicht möglich sein, denn da er nicht mehr Gesellschafter ist, steht ihm auch nicht mehr das Recht auf Einsicht der Bücher zu.[10]) Will er daher auf Auszahlung des Guthabens dringen, so wird er zunächst Klage auf Rechnungslegung anstrengen müssen. Eine Klage auf Zurückzahlung seiner Einlage kann er nur erheben, wenn er entweder keinen Anteil am Verluste hat oder wenn er nachweist, daß seine Einlage in dem Handelsgewerbebetriebe des Komplementars keine Verminderung erlitten hat.[11]) Behauptet der stille Gesellschafter in der Klage, daß mit Gewinn gearbeitet worden ist, so steht ihm nach der Praxis des Reichsgerichts und Reichsoberhandelsgerichts die Klage auf Zurückforderung der Einlagen zu.[12]) In diesem Falle wird der Komplementar, falls er eine Verminderung der Einlage behaupten will, gezwungen sein, durch Aufstellung einer ordnungsgemäßen Bilanz seine Behauptung zu beweisen.[13])

Eine quoad usum geleistete Sache kann der stille Gesellschafter nach Auflösung der Gesellschaft in Natur zurückfordern, denn das Recht der Benutzung hört mit der Auflösung auf, es sei denn, daß der Komplementar die Sache noch zur Abwicklung der noch schwebenden Geschäfte bedarf.[14]) Besteht die quoad usum hingegebene Sache in der

---

[8]) Lehmann-Ring § 340 Nr. 2 S. 676; Behrend § 94 S. 678; Staub § 340 Anm. 7 S. 1011.

[9]) Behrend § 94 Anm. 13 S. 678.

[10]) Lehmann-Ring § 340 Nr. 6 S. 678; a. M. Adler-Clemens Nr. 1837.

[11]) Staub § 340 Anm. 14 S. 1012 f.; v. Hahn Art. 265 S. 799; Garcis u. Fuchsberger Art. 264 Nr. 35 S. 576; ROHG. Bd. 12 S. 356, Bd. 13 S. 274, Bd. 23 S. 130 f.; Busch Bd. 24 S. 138ff.; JurW. Jahrg. 1892 S. 16 Nr. 18, Jahrg. 1893 S. 503 Nr. 17.

[12]) vgl. vorhergehende Note u. Puchelt-Förtsch Art. 265 Anm. 5 S. 681; aber Seufferts Archiv, Neue Folge Bd. 9 Nr. 123 S. 180.

[13]) ROHG. Bd. 23 S. 131.

[14]) Renaud, Stille Ges. S. 119; Staub § 340 Anm. 5 S. 1011; Lehmann-Ring § 340 Nr. 4 S. 677; JurW. Jahrg. 1893 S. 543 Nr. 27.

Ausbeutung eines Patentes, so hört die Ausbeutung mit der Auflösung auf. Natürlich könnte der Komplementar mit dem stillen Gesellschafter vereinbaren, daß diesem der Wert des Patentes in seinem Guthaben mit in Anschlag gebracht wird. Trifft den Komplementar bezüglich der Verschlechterung oder des Untergangs der quoad usum Sache ein Verschulden, so ist er schadensersatzpflichtig,[15]) im übrigen hat der stille Gesellschafter die Gefahr zu tragen, eine Vergütung für den Gebrauch der Sache wird ihm nicht geleistet.

Der Zeitpunkt, wann die Auszahlung des Guthabens zu erfolgen hat, bestimmt sich nach § 271 Abs. 1 BGB.

Die zur Zeit der Auflösung noch schwebenden Geschäfte hat nach § 340 HGB. der Komplementar abzuwickeln. Er hat hierbei dem stillen Gesellschafter gegenüber für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns einzustehen, seine Haftung ist jetzt eine strengere geworden, denn er ist nicht mehr Gesellschafter, wo er nur die Sorgfalt anzuwenden brauchte, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.[16]) Zur Durchführung des Anspruches auf ordnungsgemäße Erledigung der schwebenden Geschäfte wird der stille Gesellschafter nötigenfalls Erlaß von einstweiligen Verfügungen erwirken können.[17]) Jedoch kann der Komplementar gemäß § 740 BGB. die Geschäfte so erledigen, wie es ihm am vorteilhaftesten erscheint. Veräußert der Komplementar das Handelsgeschäft, so hat der stille Gesellschafter an dem dadurch erzielten Gewinne keinen Anteil, wenn nicht etwas anderes vereinbart worden ist.[18])

Der stille Gesellschafter nimmt teil am Gewinne und Verluste, der sich aus den genannten Abwicklungsgeschäften ergibt. Zu diesem Zwecke kann er am Schlusse jedes Geschäftsjahres Rechenschaft über die inzwischen beendigten Geschäfte, Auszahlung des ihm gebührenden Betrages und Auskunft über den Stand der noch schwebenden Geschäfte verlangen. Zur weiteren Ausführung dieser Rechte ist § 259 BGB. zu vergleichen. Weitere Rechte, insbesondere ein Recht auf Einsicht der Bücher und Papiere stehen dem stillen Gesellschafter nicht mehr zu, denn er hat mit der Auflösung der Gesellschaft aufgehört, Gesellschafter zu sein.[19])

Wird die stille Gesellschaft durch Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Inhabers des Handelsgewerbes aufgelöst, so hat sich der stille Gesellschafter mit dem Konkurs-

---

[15]) Cosack, BGB. § 278 S. 444.

[16]) Staub § 340 Anm. 11 S. 1012; Lehmann-Ring § 340 Nr. 5 S. 677; Bolze Bd. 11 Nr. 466.

[17]) Staub § 340 Anm. 12 S. 1012.

[18]) Warneyer 2. Jahrg. zu § 340 HGB. S. 228.

[19]) Lehmann-Ring § 340 Nr. 6 S. 677; Staub § 340 Anm. 13 S. 1012; RG. Bd. 15 S. 80; ROHG. Bd. 25 S. 344; Warneyer 3. Jahrg. Note 1 zu § 338 HGB. S. 250; vgl. auch Fischer-Henle § 740 Anm. 5 S. 341; dagegen: Adler-Clemens Nr. 1837; Behrend § 94 Anm. 13 S. 678.

verwalter auseinanderzusetzen, und zwar auf der Grundlage des Vermögensstandes zur Zeit der Konkurseröffnung.[20]) Der Komplementar hat mit der Konkurseröffnung die Verfügung über sein Vermögen verloren. Der stille Gesellschafter wird einfacher Konkursgläubiger, bezw. Schuldner, er hat dieselbe Stellung wie ein Privatgläubiger oder Handelsgläubiger des Komplementars, falls letzterer ein Einzelkaufmann ist. Ist er dagegen eine Handelsgesellschaft, so konkurriert der stille Gesellschafter mit den Gesellschaftsgläubigern. Privatgläubiger der Mitglieder der Handelsgesellschaft nehmen an dem Konkurse keinen Anteil

Dem stillen Gesellschafter wird im Falle der Auflösung der Gesellschaft durch Konkurseröffnung seine Einlage nach Abzug des etwa von ihm zu tragendan Verlustanteils daher nicht voll ausgezahlt, sondern er hat dieses so berechnete Guthaben nunmehr als Konkursforderung anzumelden. Ein Vorzugs- oder Absonderungsrecht steht ihm nicht zu. § 51 ZPO. findet hier keine Anwendung. Natürlich könnte der stille Gesellschafter aber ein solches Recht aus einer ihm gewährten Sicherheitsleistung herleiten.[21]) Daß der stille Gesellschafter, falls die Gläubigerversammlung die Fortführung des Geschäftes des Komplementars beschließt, an den Ergebnissen dieses Geschäfts keinen Anteil mehr hat, war schon oben gesagt. Dagegen nimmt er teil an den Ergebnissen der noch schwebenden Geschäfte, deren Erledigung jetzt dem Konkursverwalter und zwar unter Beobachtung der Vorschriften in den §§ 15—21 KO., obliegt.[22])

An dem übrigen während des Konkurses erzielten Geschäftsgewinne hat der stille Gesellschafter natürlich keinen Anteil.[23])

Die Auseinandersetzung selbst zwischen dem Konkursverwalter und stillen Gesellschafter erfolgt außerhalb des Konkursverfahrens.[24]) Kommt der Konkursverwalter seiner Auseinandersetzungspflicht nicht oder nur ungenügend nach, so kann der stille Gesellschafter auf Festsetzung seines Anteiles klagen.[25]) Ist der stille Gesellschafter in der Lage, sein Guthaben selbst zu berechnen, so kann er auch sofort den berechneten Betrag zur Konkursmasse anmelden, in diesem Falle ist aber jeder Gläubiger berechtigt, den geforderten Betrag zu bestreiten und wäre die Folge davon, daß sich der stille Gesellschafter mit einem solchen Gläubiger über seine Forderung in einen Rechtsstreit einlassen müßte.[26])

---

[20]) Bolze Bd. 2 Nr. 1100 S. 282.

[21]) KO. § 48; Staub § 341 Anm. 3 S. 1015; Renaud, Stille Ges. S. 177; Lehmann-Ring § 341 Nr. 2 S. 679.

[22]) Renaud, Stille Ges. S. 175; Behrend § 94 Anm. 30 S. 681.

[23]) Warneyer 2. Jahrg. Note 2 zu § 341 HGB. S. 228.

[24]) KO. § 16; Bolze Bd. 2 Nr. 1100 S. 281 f.; Lehmann-Ring § 341 Nr. 1 S. 678; Kleinfeller § 16 Nr. 3 S. 86; Staub § 340 Anm. 17 S. 1113.

[25]) Warneyer 2. Jahrg. Note 1 zu § 341 HGB. S. 228.

[26]) Behrend § 94 Anm. 29 S. 681; Seufferts Archiv, Neue Folge Bd. 10 Nr. 34 S. 59.

Bei den Beratungen des alten deutschen Handelsgesetzbuchs war in zweiter Lesung eine Bestimmung aufgenommen worden, wonach im Falle des Konkurses sämtliche Gläubiger des Komplementars vor dem stillen Gesellschafter Befriedigung erhalten sollten; in dritter Lesung ist jedoch diese Bestimmung wieder gestrichen worden. Entscheidend war dabei mit Recht, daß das stille Gesellschaftsverhältnis im Unterschiede zur offenen Handelsgesellschaft ein nur obligatorisches Verhältnis sei, und der stille Gesellschafter daher nur mit dem im Vertrage festgesetzten Anteile hafte, also auch das Übrigbleibende im Konkurse geltend machen könne.[27])

Der Abs. 1 des § 341 HGB. bestimmt heute, daß der stille Gesellschafter wegen der Einlage, soweit sie den Betrag des auf ihn fallenden Anteils am Verluste übersteigt, seine Forderung als Konkursgläubiger geltend machen kann. Im Falle des Konkurses nimmt er also nicht nur an dem durch Vereinbarung übernommenen Verluste teil, sondern auch noch an dem, der ihn als Konkursgläubiger trifft. Das ist die natürliche Folge seiner Stellung als Gesellschafter und Gläubiger. Dies zeigt sich auch darin, daß er, selbst wenn er mit dem Inhaber des Handelsgewerbes Ausschluß vom Verluste vereinbart hat, doch jetzt im Konkurse als Konkursgläubiger den Ausfall insoweit tragen müßte, als seine Forderung hinter der Konkursdividende zurücksteht.[28]) — Besser gestellt ist dagegen im Konkurse der stille Gesellschafter, der mit seiner Einlage im Rückstande geblieben ist, da er diese gemäß ausdrücklicher Bestimmung im Absatz 2 des § 341 HGB. nur bis zu dem Betrage, welcher zur Deckung seines Anteils am Verluste erforderlich ist, zur Konkursmasse einzuzahlen hat. Den Rest der Einlage, der ihm darnach verbleibt, braucht er also in diesem Falle nicht erst einzuzahlen und dann als Konkursgläubiger geltend zu machen, ihn behält er vielmehr unverkürzt ohne Anteilnahme an dem Ausfall im Konkurse. Der Grund dafür ist, daß jetzt die Voraussetzung, unter der die Einlage zu leisten war, fehlt. Die Gesellschaft besteht nicht mehr. Der stille Gesellschafter ist jetzt Masseschuldner und Massegläubiger geworden und kann jetzt mit seiner Forderung auf Rückzahlung der Einlage, soweit sie durch Verluste nicht verbraucht ist, aufrechnen. Ebenso ist es, wenn der stille Gesellschafter zur Zeit der Konkurseröffnung mit einer Einlagezahlung im Verzuge ist; denn sicherlich wollte der Gesetzgeber mit dem Ausdrucke „rückständige" Einlage auch die Einlage treffen, mit der der stille Gesellschafter in Verzug geraten ist. Ein Recht, wonach derjenige, der pünktlich gezahlt hat, mehr verlieren kann als derjenige, der mit der Zahlung in Verzug war, ist sicherlich

---

[27]) vgl. Prot. S. 1167, 1174, 4548; Makower Art. 258 Abs. 2 Anm. 8; Staub § 341 Anm. 1 S. 1014; Renaud, Stille Ges. S. 176.

[28]) Staub § 341, 4 S. 1015; Puchelt-Förtsch Art. 258 Anm. 3 S. 668.

unbillig, allein dieser Umstand kann daran nichts ändern.[29]) Andrer Meinung sind Renaud[30]) und Puchelt-Förtsch[31]). Nach ihrer Ansicht muß der stille Gesellschafter in diesem Falle zunächst die ganze rückständige Einlage in die Konkursmasse einzahlen und kann dann erst den den Verlustanteil übersteigenden Betrag als Konkursgläubiger geltend machen.

Hat der stille Gesellschafter zur Zeit der Konkurseröffnung fällige Gewinnanteile noch nicht abgehoben, so werden ihm diese jetzt im Verhältnis der Konkursdividende gekürzt.[32])

Bezüglich der quoad usum hingegebenen Sachen steht dem stillen Gesellschafter im Konkurse über das Vermögen des Komplementars ein Aussonderungsrecht zu, er kann diese Sachen gemäß den Vorschriften der §§ 43—46 KO. zurückfordern.[33])

Wird über das Vermögen des stillen Gesellschafters, der mit seiner Einlage im Rückstande ist, der Konkurs eröffnet, und stellt sich bei der dadurch erfolgten Auflösung der stillen Gesellschaft ein von dem stillen Gesellschafter zu tragender Verlustanteil heraus, so kann der Komplementar diesen Anteil als gewöhnlicher Konkursgläubiger im Konkurse des stillen Gesellschafters anmelden.[34])

§ 10.

Das Anfechtungsrecht des § 342 HGB.

Dem Inhaber des Handelsgewerbes steht es an sich frei, dem stillen Gesellschafter seine Einlage ganz oder zum Teil zurückzugewähren oder ihm seinen Anteil am entstandenen Verluste ganz oder zum Teil zu erlassen. Unter besonderen Voraussetzungen können jedoch diese Handlungen des Komplementars, wenn er in Konkurs verfallen, nach den Bestimmungen der KO. §§ 29 ff. und nach dem Reichsgesetze vom 21. 7. 1879 von jedem Gläubiger angefochten werden. Neben diesen allgemeinen Bestimmungen gewährt aber der § 342 HGB. den Konkursgläubigern des Komplementars noch ein besonderes Anfechtungsrecht, von dem im folgenden die Rede sein soll.

Es unterscheidet sich von dem allgemeinen Anfechtungsrechte ins-

---

[29]) Lehmann-Ring § 341 Nr. 3 S. 679.
[30]) Stille Ges. S. 120 u. 180.
[31]) Art. 258 Anm. 4 S. 668.
[32]) Puchelt-Förtsch Art. 258 Anm. 3 S. 668; Annalen des Kgl. Sächs. Oberlandesgerichts Bd. 23 Nr. 13 S. 329.
[33]) Lehmann-Ring § 341 Nr. 2 S. 679; Staub § 341 Anm. 5 S. 1015; Puchelt-Förtsch Art. 258 Anm. 3 S. 668; Renaud, Stille Ges. S. 178.
[34]) Lehmann-Ring § 341 Nr. 4 S. 679.

besondere dadurch, daß es einerseits keine Benachteiligungsabsicht erfordert, andererseits aber dem stillen Gesellschafter den Nachweis gestattet, daß der Konkurs in Umständen seinen Grund hat, die erst nach der getroffenen Vereinbarung eingetreten sind.[1])

Anfechtbar ist nach § 342 HGB., was dem stillen Gesellschafter auf Grund einer in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Inhabers des Handelsgewerbes zwischen diesem und dem stillen Gesellschafter getroffenen Vereinbarung von seiner Einlage zurückgezahlt oder was ihm von seinem Anteile an dem entstandenen Verluste erlassen worden ist. Die Rückzahlung oder der Erlaß muß also auf einer Vereinbarung beruhen, das heißt der Komplementar muß sich aus freien Stücken erboten haben, die Einlage zurückzuzahlen oder den Verlustanteil zu erlassen. Dies würde beispielsweise nicht der Fall sein, wenn der Gesellschaftsvertrag den Komplementar zur Rückzahlung verpflichtete, oder wenn der stille Gesellschafter ein gesetzliches Recht darauf hatte, wie im Falle der sofortigen Kündigung aus einem wichtigen Grunde. Anderseits würde dann eine Vereinbarung vorliegen, wenn der eine Gesellschafter in dem letzten Jahre vor der Konkurseröffnung unzeitig und ohne Recht gekündigt und der andere Teil sich mit der Kündigung einverstanden erklärt hat.[2]) Kann der stille Gesellschafter die Rückzahlung der Einlage auf Grund des Gesellschaftsvertrages fordern und ist dieser innerhalb des letzten Jahres vor der Konkurseröffnung geschlossen worden, so würde diese darin vorgesehene Rückzahlung nicht anfechtbar sein, denn das Gesetz will nur diejenigen Vereinbarungen angreifen, die während der Dauer der Gesellschaft getroffen worden sind.[3]) Ebensowenig ist § 342 HGB. anwendbar, wenn die Vereinbarung vor dem letzten Jahre getroffen worden und erst in diesem Jahre zur Ausführung gekommen ist.[4]) Fällt die Ausführung der Vereinbarung erst in die Zeit nach der Konkurseröffnung, so findet § 342 HGB. keine Anwendung.[5]) Das letzte Jahr vor der Konkurseröffnung umfaßt den Zeitraum vom Tage der Konkurseröffnung zurück bis auf den gleichen Kalendertag des Vorjahres einschließlich.[6])

a) Anfechtbar ist also zunächst die Rückgewähr der Einlage in ihrem vollen oder teilweisen Betrage. Das Gesetz versteht unter dem

---

[1]) Denkschrift z. Entw. e. HGB. S. 186, 187; Lehmann-Ring § 342 Nr. 1 S. 679, 680; Staub § 342 Einleitung S. 1016; Wengler, Konkursordnung S. 721 § 3.

[2]) Cosack, Handelsrecht § 112 XI, 3β S. 548; v. Hahn Art. 259 § 4 S. 781; Puchelt-Förtsch Art. 259 Anm. 5 S. 671.

[3]) Lehmann-Ring § 342 Nr. 2 S. 680; Staub § 342 Anm. 1 S. 1016; Bolze Bd. 2 Nr. 1101.

[4]) Staub § 342 Anm. 2 S. 1016.

[5]) Lehmann-Ring § 342 Nr. 5 S. 681.

[6]) Lehmann-Ring § 342 Nr. 3 S. 680; Puchelt-Förtsch Art. 259 Anm. 6 S. 672.

Ausdrucke „Rückgewähr" alle Fälle, wodurch der Wert der Einlage des stillen Gesellschafters der Konkursmasse entzogen wird, sei es nun, daß eine wirkliche Rückzahlung — eine numeratio — erfolgt ist, sei es, daß dem stillen Gesellschafter eine eingebrachte Sache zurückgegeben wird, eine Hingabe an Zahlungsstatt erfolgt ist, daß der stille Gesellschafter aufrechnet oder sei es, daß ihm eine Sicherheit, ein Faustpfand, eine Hypothek oder eine Grundschuld bestellt wird.[7]) Beruht die Bestellung der Hypothek auf einer Bestimmung des Gesellschaftsvertrages, so wäre natürlich § 342 HGB. ebenfalls unanwendbar.[8]) Wird der Anspruch des stillen Gesellschafters in ein Darlehn umgewandelt, so ist diese Novation nur dann anfechtbar, wenn dabei der bereits entstandene Verlust nicht in Abzug gebracht worden ist, weil darin ein Erlaß des Anteils am entstandenen Verluste liegen würde, der nach § 342 HGB. ausdrücklich als anfechtbar erklärt worden ist. Daß durch die Novation die Einlage der Haftung für spätere Verluste entzogen wird, kann ein Anfechtungsrecht nach § 342 HGB. nicht begründen; die Befreiung des stillen Gesellschafters von zukünftigen Verlusten ist nicht unzulässig und kann höchstens mit den allgemeinen Anfechtungsvorschriften der Konkursordnung angefochten werden.[9]) — Ist dem stillen Gesellschafter, sei es irrtümlicherweise oder wissentlich mehr als seine Einlage zurückgewährt worden, so kann dies nach dem Wortlaute des § 342 HGB. nach diesem Paragraphen nicht angefochten werden, dagegen nach den allgemeinen Anfechtungsbestimmungen.[10]) — Da das Gesetz nur von der „Rückgewähr" der Einlage spricht, fragt es sich, ob darunter auch die Fälle zu verstehen sind, wo dem stillen Gesellschafter eine noch nicht geleistete Einlage „erlassen" worden ist. Die Frage ist dahin zu bejahen, daß ein Erlaß der versprochenen noch nicht eingezahlten Einlage nach § 342 HGB. nur insoweit angefochten werden kann, als darin ein Erlaß des von dem stillen Gesellschafter zu tragenden Verlustes zu erblicken ist.[11]) Das folgt klar aus der Geschichte dieses Paragraphen, insbesondere aus dem Umstande, daß bei der Beratung des alten deutschen Handelsgesetzbuchs der in zweiter Lesung in den Paragraph aufgenommene

---

[7]) Staub § 342 Anm. 3 S. 1016; Cosack § 112 XIc S. 547; Gareis-Fuchsberger Art. 259 Nr. 21 S. 591; Lehmann-Ring § 342 Nr. 4 S. 680; Behrend § 95 S. 686; Puchelt-Förtsch Art. 259 Anm. 6 S. 672; Keyßner Art. 259, 3 S. 247; ROHG. Bd. 14 S. 92, 93; RG. Bd. 27 S. 18; Bolze Bd. 1 Nr. 1101 S. 282; Jur.W Jahrg. 90 S. 377 Nr. 19.

[8]) Puchelt-Förtsch Art. 259 Anm. 6 S. 672; Bolze Bd. 1 Nr. 1101 S. 282.

[9]) So Lehmann-Ring § 342 Nr. 4 S. 680; Behrend § 95 Anm. 23 S. 686; a. M. Puchelt-Förtsch Art. 259 Anm. 6 S. 672; Staub § 342 Anm. 4 S. 1017.

[10]) A. M. Thöl § 112 Anm. 3 S. 377.

[11]) Staub § 342 Anm. 10 S. 1018; Cosack, Handelsrecht § 112 XI, 3c, S. 547; Puchelt-Förtsch Art. 259 Anm. 7 S. 672 f.; Denkschrift zum Entw. e. HGB. S. 186 f.

Erlaß der Einlagezahlung in dritter Lesung wieder gestrichen worden ist.[12]) Werden dem stillen Gesellschafter Gewinnanteile ausgezahlt, die gemäß § 337 Abs. 2 HGB. zur Deckung von Verlusten hätten verwendet werden sollen, so steht diese Rückzahlung einer Einlagerückzahlung gleich und kann nach § 342 HGB. angefochten werden.[13]) Ist eine teilweise Rückzahlung der Einlage auf Grund des Beschlusses der Gesellschafter, die Einlage zu verringern, erfolgt, so unterliegt diese Rückzahlung ebenfalls der Anfechtung aus § 342 HGB.[14])

b) Ferner ist der gänzliche oder teilweise Erlaß des Anteiles des stillen Gesellschafters an dem entstandenen Verluste nach § 342 anfechtbar. Der Erlaß von zukünftigen Verlustanteilen ist also, wie schon oben gesagt, nach diesem Paragraphen nicht anfechtbar.

Das Anfechtungsrecht des § 342 HGB. ist nur zugunsten der Konkursgläubiger des Komplementars aufgestellt, dem Gemeinschuldner steht es nicht zu. Die Konkursgläubiger können aber das Anfechtungsrecht nicht selbst ausüben, sondern für sie handelt nach § 36 KO. der Konkursverwalter.[15]) Das Anfechtungsrecht richtet sich nicht nur gegen den stillen Gesellschafter, sondern auch gegen dessen Erben und unter gewissen Voraussetzungen gegen sonstige Rechtsnachfolger des stillen Gesellschafters.[16])

Das Recht der Anfechtung ist begründet unabhängig davon, ob der Komplementar zur Zeit der anfechtbaren Handlung zahlungsfähig war oder nicht, oder ob er dabei die Absicht hatte, seine Gläubiger zu benachteiligen, es kann nicht durch den Nachweis, daß der Komplementar weder vorsätzlich noch fahrlässig gehandelt habe, entkräftet werden.[17]) Deshalb ist auch der nach § 32 ZPO. gegebene Gerichtsstand auf Grund des § 342 HGB. nicht gewährt,[18]) sondern es ist im allgemeinen Gerichtsstande des stillen Gesellschafters zu klagen.[19]) Zur Begründung des An-

---

[12]) Protokolle S. 45, 48, 4549, 4555; ausführliche Literaturangabe bei Gareis u. Fuchsberger Art. 259 Nr. 23 S. 572.

[13]) So auch Behrend § 95 Anm. 12 S. 686; Puchelt-Förtsch Art. 259 Anm. 4 S. 671; a. M. Renaud, Stille Ges. S. 184; v. Hahn Art. 259 § 6 S. 781.

[14]) v. Hahn Art. 259 § 10 S. 783.

[15]) Staub § 342 Einleitung S. 1016 u. Anm. 6 S. 1017; Lehmann-Ring § 342 III Nr. 7 S. 681; Puchelt-Förtsch Art. 259 Anm. 2 S. 671; HGB. § 342 Abs. 3.

[16]) vgl. § 342 Abs. 3 HGB. in Verbindung mit § 40 KO.

[17]) Puchelt-Förtsch Art. 259 Anm. 3 S. 671; Lehmann-Ring § 342 III Nr. 7 S. 681; Gareis u. Fuchsberger Art. 259 Nr. 25 S. 573; Denkschrift z. Entw. e. HGB. S 186; ROHG. Bd. 14 S. 93–96.

[18]) Urteil des RG. vom 25. 6. 1900, abgedruckt im sächs. Archiv für bürgerl. Recht Bd. 10 S. 480 f.

[19]) Warneyer 2. Jahrg. z. § 342 HGB. S. 228.

fechtungsrechtes genügt allein die Tatsache, daß zurückgewährt oder erlassen worden ist.[20])

Der § 342 HGB. enthält die Vermutung, daß die Eröffnung des Konkurses durch Umstände hervorgerufen worden ist, die schon vor der Vereinbarung bestanden oder die ihren Grund in der Vereinbarung selbst haben, Umstände, aus denen der Komplementar die Folge der Konkurseröffnung und eine Benachteiligung der Gläubiger, bezw. eine Begünstigung des stillen Gesellschafters voraussehen konnte.[21]) Dem stillen Gesellschafter ist im Abs. 2 des § 342 HGB. das Mittel in die Hand gegeben, diese Vermutung zu widerlegen, indem er nachweist, daß der Konkurs in Umständen seinen Grund hat, die erst *nach* der Vereinbarung der Rückgewähr oder des Erlasses eingetreten sind. Unter den Umständen versteht das Gesetz die Ursachen, die zu einer Überschuldung und daher Konkurseröffnung geführt haben. Der stille Gesellschafter muß beweisen, daß *lediglich* durch solche *nach* der Vereinbarung eingetretenen Umstände eine Überschuldung eingetreten ist, denn es ist sehr wohl möglich, daß zwar ein späterer Umstand die unmittelbare Veranlassung der Überschuldung gewesen ist, daß aber die wirkliche Ursache der Überschuldung in Tatsachen liegt, die schon vor der Vereinbarung eingetreten sind, oder daß die Überschuldung in der Vereinbarung selbst ihren Grund hat. Der Beweis des stillen Gesellschafters muß darlegen, daß die Vereinbarung in keinerlei innerem Zusammenhange mit der Überschuldung steht. Der Beweis, daß die Rückgewähr oder der Erlaß allein eine Überschuldung nicht herbeiführen konnte, befreit den stillen Gesellschafter nicht von der Anfechtung,[22]) ebensowenig der, daß der Komplementar zur Zeit der Vereinbarung zahlungsfähig gewesen ist, denn es ist sehr wohl denkbar, daß der Komplementar später vielleicht nicht zahlungsunfähig geworden wäre, wenn er nicht damals dem stillen Gesellschafter seine Einlage zurückgewährt oder seinen Verlustanteil erlassen hätte. Der stille Gesellschafter muß eben klar dartun können, daß die mit dem Komplementar getroffene Vereinbarung weder ein unmittelbarer noch ein mittelbarer Grund zum Konkurse gewesen ist.[23]) Gleichgültig ist, ob zur Zeit der Vereinbarung der spätere die Konkurseröffnung veran-

---

[20]) JurW. Jahrg. 95 S. 203 Nr. 20.

[21]) *Anschütz* u. v. *Völderndorff* Art. 259 S. 558; *Puchelt-Förtsch* Art. 259 Anm. 8 S. 673; *Lehmann-Ring* § 342 IV Nr. 9 S. 681; Seufferts Archiv, Neue Folge Bd. 26 Nr. 109 S. 192, 193; ROHG. Bd. 14 S. 92f.; JurW. Jahrg. 95 S. 203 Nr. 20; *Protokolle* S. 4548, 4555.

[22]) v. *Hahn* Art. 259 § 13 S. 784; *Gareis* u. *Fuchsberger* Art. 259 Nr. 25 S. 572; *Lehmann-Ring* § 342 IV Nr. 9 S. 681; *Keyßner* Art. 259 Nr. 4 S. 247; *Puchelt-Förtsch* Art. 259 Anm. 8 S. 673; Seufferts Archiv, Neue Folge Bd. 2 Nr. 71 S. 91; *Protokolle* S. 4558; ROHG. Bd. 12 Nr. 38 S. 93 ff.

[23]) *Lehmann-Ring* § 342 IV Nr. 4 S. 681; ROHG. Bd. 14 Nr. 38 S. 93 ff.

lassende Umstand vorausgesehen werden konnte oder mußte, da der § 342 den Gläubigern das Anfechtungsrecht ohne Rücksicht auf ein schuldhaftes Handeln gibt.

Der von dem stillen Gesellschafter darzulegende Umstand kann naturgemäß sehr verschiedenartig sein, es müssen nicht notwendig unmittelbare Umstände sein, wie beispielsweise eine fehlgeschlagene Spekulation, sondern es können auch mittelbare sein, wie der Ausbruch eines Krieges, eine Naturerscheinung, Überschwemmung und dergleichen.[24])

Die Anfechtung geschieht gemäß § 342 Abs. 3 HGB. nach den §§ 35—41 KO. Ob die Rückgewähr oder der Erlaß unter Auflösung der Gesellschaft stattgefunden hat oder nicht, ist für die Geltendmachung des Anfechtungsrechtes, wie § 342 HGB. ausdrücklich bestimmt, irrelevant. Der Zweck der Anfechtung ist der, den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn die Vereinbarung zwischen dem Komplementar und dem stillen Gesellschafter nicht getroffen worden wäre. Demnach muß der stille Gesellschafter die ihm zurückgewährte Einlage gemäß § 37 Abs. 1 KO. in die Konkursmasse einzahlen, während der Erlaß des Verlustanteils als nicht geschehen gilt. War dem stillen Gesellschafter als Einlagerückzahlung eine Sicherheit bestellt worden, so wird es so angesehen, als wenn diese nicht erfolgt wäre; bestand die Sicherheit z. B. in der Bestellung einer Hypothek und hat der stille Gesellschafter diese etwa bereits weiter veräußert, so ist § 40 Abs. 2 KO. anzuwenden.[25]) — Hat der stille Gesellschafter Gegenforderungen gegen den Komplementar, so wird ihm das Recht einzuräumen sein, jene im Wege der Aufrechnung geltend zu machen.[26])

Die Anfechtung kann nach § 41 KO. nur binnen Jahresfrist seit der Eröffnung des Konkursverfahrens erfolgen. Mit der Beendigung des Konkursverfahrens geht auch das Anfechtungsrecht aus § 342 HGB. unter.

Der § 342 HGB. ist zwingenden Rechtes, die Gesellschafter können seine Anwendung durch Vertrag nicht ausschließen.[27])

---

[24]) v. Hahn Art. 259 § 14 S. 785.
[25]) vgl. Lehmann-Ring § 342 Nr. 8 S. 681.
[26]) Puchelt-Förtsch Art. 259 Anm. 3 S. 671.
[27]) Staub § 342 Anm. 11 S. 1018; Puchelt-Förtsch Art. 259 Anm. 1 S. 670; RG. Bd. 27 S. 18 f.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.